CORSO

DI

CODICE CIVILE ITALIANO

DELLA PARENTELA, DELL'AFFINITÀ
E DEL MATRIMONIO

CORSO

DI

CODICE CIVILE ITALIANO

DELL'AVVOCATO

FRANCESCO SAVERIO BIANCHI

Professore emerito di diritto civile, Consigliere di Stato

DELLA PARENTELA, DELL'AFFINITÀ E DEL MATRIMONIO

SPIEGAZIONE DEI TITOLI IV E V DEL LIBRO I

Seconda edizione ampliata

per cura dell'Avvocato **FERDINANDO BIANCHI**

Professore ordinario di diritto civile

nella R. Università di Genova

VOLUME QUINTO

PARTE I.

TORINO

UNIONE TIPOGRAFICO-EDITRICE

33 — VIA CARLO ALBERTO — 33

NAPOLI – ROMA – MILANO

1893

Titolo IV.

DELLA PARENTELA E DELL'AFFINITÀ

NOZIONI GENERALI

Sommario. — 1. Metodo del codice nostro in questa materia. — 2. Concetto odierno e importanza dello *stato* civile di famiglia. — 3. Idee generali sulla famiglia, sulla parentela e sulla affinità. — Partizione dell'argomento.

1. È merito del codice Italiano, in confronto alle legislazioni che lo precederono, l'avere riunite le norme fondamentali della parentela ed affinità in un titolo speciale ed apposito, collocato nel libro delle *persone*, come premessa all'altro argomento importantissimo del matrimonio.

Il codice Francese tratta invece della parentela ed affinità per incidenza e in modo assai incompleto, sotto le disposizioni generali per le successioni intestate (art. 734 a 738) (1). Il codice Austriaco inserì le norme relative nel Capitolo *Dei diritti che riguardano le qualità e le relazioni personali* (§ 40-43). I codici dei cessati Stati italiani seguirono l'esempio del codice Francese, parlando anch'essi incidentalmente della parentela e della affinità nel titolo delle successioni. Così, il codice Albertino (art. 918-921),

(1) Anche nel Diritto romano giustinianeo il tema della parentela e della affinità trovasi disciplinato sotto i titoli del matrimonio e delle successioni. Confr. Istituz. *De nuptiis*, I, 10; *De grad. cognat.*, III, 6; e D. *De grad. et affin.*, XXXVIII, 10.

il Parmense (art. 824-828), l'Estense (art. 897-899) e quello delle Due Sicilie (art. 656-659).

Meglio afferrando il significato di questo istituto, nelle diverse attinenze sue non solo col diritto successorio, ma altresì col matrimonio, colla obbligazione degli alimenti, colla tutela e colla interdizione, il codice nostro gli diede una collocazione ed un assetto più conveniente, dimostrandolo (qual'è veramente) una fra le più notevoli modalità dello stato civile delle persone. Tuttavia, se con ciò furono colmate le maggiori lacune che si deplorano nel codice Francese, non può negarsi che le disposizioni sancite dal codice Italiano lasciano tuttora insoluti (come vedremo tra breve) alcuni punti di diritto abbastanza delicati e difficili.

2. Per lo *stato civile di famiglia* intendesi dunque la posizione, il complesso delle qualità e dei rapporti in cui trovansi diverse persone, per effetto del vincolo di parentela.

Così, anche in questa parte, la parola *stato*, secondo il diritto nostro, include un significato e un concetto abbastanza diverso da quello che aveva in diritto romano. Colà lo *status familiae* — assieme a quelli di libertà e di cittadinanza — rappresentava un *requisito* necessario per la personalità e capacità giuridica; giacchè non bastava essere uomo per essere persona (1). Per noi, ogni uomo è persona, e nessun uomo può mancare di uno stato civile. *Stato personale*, nel diritto odierno, significa dunque il complesso delle qualità di cui un individuo trovasi rivestito, per le quali soltanto, e a seconda delle quali, può variare la capacità sua, ossia l'attitudine al godimento e all'esercizio dei diritti civili (2).

Ciò posto, è agevole intendere quale alto ufficio e carattere, nell'ordinamento della vita civile, spetti all'istituto della famiglia. Si è detto con ragione che essa segna il punto

---

(1) Serafini, *Istituz. di Diritto romano*, I, § 4.
(2) Confr. il Vol. I di questo Corso, n. 28.

di passaggio dalla persona individuale alla sociale; essendo essa la prima, la più naturale e necessaria forma di associazione. Originata dai sentimenti più spontanei e più forti, *quae natura omnia animalia docuit*, la famiglia ha un ufficio essenziale ed immancabile, come organo di allevamento e di assistenza fra gli individui che la compongono; riferendo questo, s'intende, non a ciò soltanto che riguarda la protezione materiale, ma ancora a tutto quello che concerne le superiori facoltà dell'uomo. Sotto il primo aspetto, essa offre, nei mutui rapporti fra genitori e discendenti, la più efficace assistenza ai deboli, così per l'epoca della infanzia, come per quella della vecchiaia; e gli istituti pubblici di beneficenza ognora crescenti non rappresentano che un parziale surrogato della famiglia, laddove essa manchi o resti per condizioni economiche insufficiente. Sotto il secondo aspetto, nella famiglia non soltanto vengono sviluppati, cominciando dalla favella, i primi germi e le facoltà della intelligenza (ciò a cui potrebbe, fino a un certo segno, provvedere la educazione impartita con altri mezzi): ma in essa soltanto possono trovare radice ed alimento i migliori affetti umani che, vincendo le naturali tendenze egoistiche, valgono ad ispirare il senso morale, a stimolare l'operosità, a formare infine il carattere. Ciò spiega come siasi sempre riconosciuta la esistenza di uno stretto rapporto fra l'ordinamento della famiglia e l'ordinamento dello Stato, talchè la forza morale di questo trova il suo maggior perno nella costituzione e nell'andamento di quella.

3. Senonchè (venendo alle applicazioni proprie al diritto positivo) troviamo la parola *famiglia* intesa in due modi (1). Nel suo più stretto significato, essa comprende

---

(1) Rimane estraneo, naturalmente, al diritto odierno il significato che l'antico diritto romano annetteva alla parola *familia*, cioè di *patrimonio familiare*. — L. 195, § 1, D. *De verb. signif.*: " Familiae appellatio... et in res et in personas deducitur. In res, utputa in Lege XII tabul. his verbis, *Adgnatus proximus familiam habeto*".

le persone riunite per legge sotto la dipendenza di un capo comune, che è il *padre di famiglia:* comprende cioè il marito, la moglie ed i figli minori, soggetti alla podestà civile dei genitori (1). In senso più largo, intendesi per famiglia una aggregazione di persone riunite per vincoli di sangue riconosciuti dalla legge, o per vincoli civili, produttivi di rapporti giuridici (2).

Nell'uno e nell'altro senso, la famiglia si considera sotto l'aspetto *giuridico,* indipendentemente dal fatto materiale della coabitazione o *convivenza.* Nel linguaggio volgare invece, la unità e la consistenza della famiglia si fa dipendere talvolta da quella circostanza di fatto; epperò si considerano come fuori della famiglia individui che legalmente ne fanno parte, solo perchè non convivono materialmente in essa; o all'inverso si considerano come facienti parte della famiglia individui che non vi appartengono, nei gradi di parentela efficaci secondo la legge, e soltanto si trovano a partecipare alla vita comune di essa. Questo significato abusivo della parola famiglia ha dato occasione ad incertezze e controversie rilevanti, in ordine alla estensione del privilegio generale sui mobili che l'art. 1956, n. 4, concede al credito per le somministrazioni di alimenti " fatte al debitore *per lui e la sua famiglia* negli ultimi sei " mesi „ (3). Non è qui luogo di esaminare tale questione. Ma da un punto di vista generale, sembra doversi adottare come criterio direttivo che la legge, quando parla di famiglia, intende considerare il vincolo legale di essa, piuttosto che la circostanza estrinseca ed accidentale della coabitazione.

Considerata adunque la famiglia nel senso giuridico

---

(1) L. 195 (citata), § 2: " Iure proprio familiam dicimus plures personas, *quae sunt sub unius potestate* aut natura aut jure, *subjectae* „.

(2) L. 195 (citata), § 4: " Item appellatur familia plurium personarum, *quae ab ejusdem ultimi genitoris sanguine* proficiscuntur: sicuti dicimus familiam Juliam, quasi a fonte quodam memoriae „.

(3) Aubry e Rau, III, § 260, 5°; Laurent, XXIX, 372; Luzzati, *Dei privilegi e delle ipoteche*, I, 263.

sovraindicato, essa distinguesi in diverse specie: famiglia *naturale* soltanto, nascente cioè dal vincolo del sangue, dal fatto della procreazione, fuori di matrimonio (art. 179-193, cod. civ.): famiglia *civile* soltanto, nascente da vincoli che sono opera esclusiva della legge, ciò che si verifica per l'adozione (art. 202-212, cod. civ.); famiglia *naturale e civile* insieme (*legittima* o mista) che deriva da vincoli del sangue consacrati dalla legge civile, da filiazione avvenuta in costanza di matrimonio (art. 138-147, 159-178, 194-201, 220-239, cod. civ.) (1).

Veramente, il valore e la esattezza di questa classificazione sembrano contrastati da un eminente scrittore, il quale afferma che “ la parentela legittima *è la sola* che “ costituisca la famiglia „ (2). Sebbene non siano da lui addotte ragioni o prove, e sebbene la questione sia più che altro di terminologia, non potremmo associarci a quella affermazione, la quale va contro il linguaggio comune e le idee generalmente accettate; senza dire poi che, volendo restringere la *famiglia* a quella che deriva da parentela legittima, non si saprebbe con quale altro titolo o denominazione designare la riunione o comunità di persone che siano legate coi vincoli meramente naturali della procreazione o con quelli civili dell'adozione.

Così, in ultima analisi, la famiglia si fonda sul rapporto del matrimonio, oppure su quello della filiazione, effettiva o fittizia. Essa però non comprende soltanto gli individui vincolati tra loro pei rapporti d'una stessa filiazione immediata, cioè i genitori e i figli; ma quelli altresì che, senza essere generati gli uni dagli altri, nè dalle stesse persone, procedono però in origine da autori comuni della loro discendenza. Il fatto della procreazione si ripete naturalmente per ogni generazione; i figli si fanno a lor volta genitori e diventano capi di una nuova famiglia, senza

---

(1) Confr. appresso, n. 7.
(2) Demolombe, III, 98.

cessare di appartenere a quella da cui procedono. Quindi il vincolo famigliare si allarga indefinitamente, diramandosi per gradi successivi, i quali costituiscono appunto l'aggregazione della famiglia fra tutte le persone la cui precedenza, in un ordine anche lungo di generazioni, si riunisca in origine ad uno stipite comune: salvochè la legge ha dovuto, come vedremo, stabilire un limite oltre il quale siffatto vincolo, per quanto esistente in fatto, non è più idoneo a produrre effetti civili.

Da ciò il concetto di *parentela*, la quale non è altro che *il legame intercedente fra le persone che appartengono ad una medesima famiglia* (1). Così, famiglia e parentela sono due termini strettamente collegati, ma distinti, sebbene usati talvolta come sinonimi; distinti, poichè mentre la parola *famiglia* designa il materiale, l'insieme di un certo numero di individui, la voce parentela sta veramente a designare l'elemento, la ragione di unità di quella aggregazione (2). In questo senso dice esattamente l'art. 48 § 1 del nostro codice che parentela " è *il vincolo fra* le persone (non la " massa delle persone) che discendono da uno stipite " comune ".

Segue da ciò che, come la famiglia e la filiazione, anche la parentela può essere *naturale*, o *civile*, o *naturale e civile* insieme (*legittima*): salvochè tra l'una e l'altra intercede, come diremo poi (cf. appresso, n. 5, 6), una differenza notevole di valore giuridico, sia per gli effetti, oggettivamente considerati, che ne dipendono, sia per la cerchia più o meno estesa di persone, entro cui quegli effetti si producono.

Dalla parentela medesima, e più specialmente dal matri-

---

(1) Sarà superfluo avvertire che anche la parola *parenti* è usata oggidì in senso diverso dall'antico. Per diritto romano infatti *parentes* (da *parere*, generare) si intendevano i genitori ed ascendenti (L. 1, pr., D. *De grad. et affin.*, XXXVIII, 10, e L. 51, D. *De verb. signif.*), in contrapposto ai figli e discendenti (*liberi*). L'espressione odierna *parenti* equivale invece perfettamente a quella romana di *cognati*.

(2) Confr. Aubry e Rau, I, § 67.

monio in cui uno dei parenti si leghi, deriva poi un altro vincolo che si dice di *affinità*.

Sotto questo nome non può intendersi propriamente compresa la relazione che passa fra un coniuge e l'altro. Parve ad un egregio scrittore francese di poter qualificare come affini tra loro gli stessi coniugi (1). Ma il vero è che i coniugi non sono tra loro nè parenti, nè affini. È un vincolo tutto speciale che li unisce; sono rapporti diversi da ogni altro, e così intimi da farli considerare quasi come un essere solo (2). E l'idea del Proudhon, se poteva essere azzardata di fronte al codice Francese, che non presentava alcuna definizione della affinità, rimane esclusa senz'altro dalla nozione che ne dà invece il codice nostro, seguendo l'insegnamento romano: *adfines sunt viri et uxoris cognati* (3). Solamente, è vero che la stessa intimità di relazioni esistente fra i coniugi non consente di considerare come estranei all'uno i parenti dell'altro. Un vincolo, benchè meno forte, che è il riflesso o il riverbero della parentela e del matrimonio, deve avvicinare i parenti di una persona a quella che di lei sia consorte. Pertanto " l'affinità è il " vincolo fra un coniuge e i parenti dell'altro coniuge " (art. 52, § 1, cod. civ.).

Premesse queste nozioni generali, la trattazione della materia viene a dividersi naturalmente in due parti, l'una relativa alla parentela, l'altra alla affinità.

---

(1) Proudhon, *Des personnes*, I, 360.
(2) Demolombe, III, 110.
(3) L. 4, § 3, D. *De grad. et affin.* (XXXVIII, 10).

CAPO I.

Della parentela.

SOMMARIO. — 4. Caratteri ed effetti della parentela legittima. — 5. Della parentela naturale. — 6. Della parentela civile. — 7. Modi di valutare la prossimità della parentela: alberi o scale. — 8. Linee e loro distinzioni, vincolo di parentela doppio e semplice. — 9. Gradi e modo di computarli. — 10. Grado estremo che limita gli effetti civili della parentela. — 11. Mezzi di prova per la constatazione della parentela: questione sull'art. 364, cod. civ. — 11bis. Prova testimoniale, alberi genealogici.

4. Posta e accettata la distinzione fra parentela puramente *naturale*, puramente *civile*, e *naturale e civile* insieme (legittima), secondo che essa proceda o dal solo vincolo fisico della procreazione, o da quello civile dell'adozione, o dallo stato coniugale dei genitori (num. precedente) — resta che vediamo quale valore e quali effetti giuridici vi si annettano; effetti che sono notevolmente diversi per ciascuna di quelle specie di parentela. Tantochè, anzi, le norme stabilite dal codice nostro, sotto il titolo della parentela (art. 48 e seg.) riguardano propriamente la sola parentela *legittima*, alla quale unicamente possono riferirsi le distinzioni ivi spiegate di linea ascendente, discendente e collaterale, le norme pel computo dei gradi in ciascuna di quelle linee, e la estensione del vincolo legale fino al decimo grado: mentre le regole applicabili alle altre due specie di parentela trovansi collocate nel capo della filiazione naturale e in quello della adozione. Il che tutto non toglie, evidentemente, che possa e debba parlarsi di un vincolo di parentela, benchè diverso, rispetto a quelle altre due specie di relazioni personali.

Le differenze giuridiche, intercedenti fra esse, si manifestano (come si disse) sotto un doppio aspetto; sia per gli effetti stessi, in sè (obbiettivamente considerati), sia per la

estensione loro in senso subbiettivo, cioè per la cerchia più o meno estesa di persone tra cui quegli effetti sussistono.

La parentela legittima è la sola che produca i massimi effetti civili che possono annettersi a questo stato. I principali di essi possono compendiarsi come segue:

1. La comunicazione ai figli della cittadinanza dei genitori, indipendentemente dal luogo di nascita di quelli (art. 4, cf. art. 6, art. 10, § u°, cod. civ.):

2. Il diritto e l'obbligo reciproco degli alimenti (articolo 138 e seg., cod. civ.);

3. Il diritto di patria podestà (art. 220 e seg., cod. civ.);

4. I diritti ed obblighi relativi alla tutela (art. 242, 244, 252, 253, cod. civ.);

5. I diritti ed obblighi relativi all'interdizione (articolo 326 e seg., cod. civ.);

6. I diritti dipendenti dalla immissione nel possesso temporaneo dei beni dell'assente (art. 30, 31, cod. civ.);

7. I diritti di successione intestata (art. 721, 736 e seg., cod. civ.);

8. I diritti di riserva nelle successioni testamentarie (art. 805 e seg., cod. civ.);

9. La presunzione di interposizione di persona in certe disposizioni reputate a titolo gratuito (art. 811, cod. civile);

10. I diritti e i divieti relativi al matrimonio; sia per gli impedimenti a contrarlo (art. 58 e 59, cod. civ.), sia pel consenso al matrimonio dei minorenni (art. 63-67), sia per la facoltà di farvi opposizione (art. 82 e seg.), sia per impugnarlo coll'azione di nullità (art. 104-108);

11. Infine talune esclusioni od incompatibilità fra parenti relativamente all'esercizio di pubblici uffici; come quelle concernenti la ricusazione di giudici (art. 116, cod. proc. civ.), le funzioni di perito o testimonio (art. 236, 254, cod. proc. civ. e art. 42, Legge notarile 25 maggio 1872), il divieto di celebrare atti in cui siano parti i parenti dell'ufficiale ricevente (art. 24, 49, Legge predetta), la compre-

senza di parenti come membri di uno stesso collegio giudiziario (art. 15, R. Decreto sull'ordinam. giudiz., 6 dicembre 1865), o come membri di uno stesso Consiglio comunale e provinciale (art. 31 e 188, Legge 10 febbraio 1889).

Non tutti questi effetti però si producono in ugual modo, riguardo al grado più o meno prossimo della parentela. Ma nel loro insieme, e segnatamente per alcuni dei più notevoli (come il diritto di successione, e gli uffici inerenti alla tutela o al consiglio di famiglia) la parentela legittima spiega quegli effetti fra tutti coloro che sono legati per la discendenza da uno stipite comune, fin dove almeno la legge riconosce sufficiente intensità nel vincolo di parentela, cioè fino al decimo grado (art. 48, 742, cod. civ.). Ciò apparisce dalla stessa enumerazione precedente, dalla quale risulta come taluni di quegli effetti possono riguardare non solo i rapporti fra genitori e figli, ma anche tra congiunti in grado più remoto, fino al limite estremo riconosciuto dalla legge.

5. Ben diversa è la condizione giuridica della parentela *naturale*. E questa va ancora suddistinta in parentela *naturale semplice*, e parentela *adulterina o incestuosa*. L'una e l'altra derivano da procreazione avvenuta fuori di matrimonio; senonchè la prima trae origine da un commercio fra persone che non erano, ma potevano essere unite in matrimonio, nessun ostacolo legale opponendovisi per esse; la seconda invece deriva da generazione fra due persone, che nemmeno avrebbero potuto essere coniugi, o per vincolo di un anteriore matrimonio, o pel rapporto fra loro esistente di parentela o di affinità (art. 180, cod. civ.).

Ora, finchè si tratta della filiazione semplicemente naturale, la legge può scorgervi bensì un fatto immorale e socialmente dannoso; non deve in conseguenza *equipararla* nella indole e negli effetti alla filiazione procedente dal matrimonio; il che equivarrebbe a rendere insignificante e a distruggere indirettamente l'istituto della famiglia legittima,

assimilando il matrimonio al concubinato. Ma se quel fatto è riprovevole, non si poteva d'altra parte negar forza, anche in questo, al principio generale della responsabilità delle proprie azioni, facendo ricadere, senza imperiosa necessità, sui figli innocenti le conseguenze della colpa dei genitori; chè anzi, e per la mancanza di ogni freno all'impulso delle passioni, e per la presenza di non pochi individui mancanti di uno stato civile, sarebbesi aggravato ancor più il disordine ed il pericolo sociale. Perciò di una tale filiazione la legge permette il riconoscimento volontario da parte dei genitori (art. 179, 181, cod. civ.); e in mancanza di questo, ammette ancora il riconoscimento forzato, cioè la dichiarazione giudiziale, sovra domanda del figlio o dei suoi eredi (1), sia della maternità (art. 190, cod. civ.), sia in qualche caso almeno anche della paternità (art. 189, cod. civ.). E riconosciuta o dichiarata poi questa filiazione, ne derivano numerosi e importanti effetti civili, quantunque diversi e minori di quelli della filiazione legittima, i quali effetti (che or ora enumereremo) si riassumono nel concetto di un vero *stato civile di filiazione naturale*. Nè può trovarsi nulla di paradossale nella congiunzione di questi due termini, che sono invece perfettamente compatibili fra loro, in quanto che tale filiazione è *naturale*, in riguardo alla causa da cui procede; ma (una volta riconosciuta o dichiarata a senso di legge) assume il carattere di uno *stato civile*, in riguardo agli effetti complessivi che ne derivano.

All'opposto, la filiazione adulterina o incestuosa non deriva soltanto da un fatto moralmente turpe, ma attacca e sconvolge direttamente i principii fondamentali e l'or-

---

(1) Veramente, è grave controversia se l'azione per la ricerca della paternità o maternità *naturale* sia strettamente personale al figlio, o sia invece trasmissibile agli eredi di lui. Nella prima edizione di quest'opera (Vol. III, n. 128, II, p. 798, ss.) abbiamo già sostenuta la seconda soluzione, che tuttora riteniamo preferibile. Nello stesso senso, vedasi da ultimo la monografia del prof. C. F. Gabba, in una nota critica ad una sentenza della Cassazione di Roma del 15 marzo 1890 (*Fôro italiano*, XV, 801). Su tale questione ritorneremo a suo tempo.

ganismo della famiglia; è un fatto che si compie non soltanto *fuori*, ma *contro* l'istituto matrimoniale e familiare. La legge in conseguenza non consente che questo rapporto di fatto anti-giuridico sorga alla dignità di uno stato civile; non ne permette dunque nè il riconoscimento volontario (art. 180, cod. civ.), nè la ricerca giudiziale (art. 193), nè molto meno la successiva legittimazione (art. 195). E quando pure accada, contro il voto della legge, che la filiazione adulterina o incestuosa risulti indirettamente e in modo non dubbio constatata, non ne sorgono veri rapporti di *stato personale*, ma il solo diritto pecuniario degli alimenti, contro il genitore illegittimo o i suoi eredi (art. 193, 752, cod. civ.). Sicchè mentre per la terminologia adottata la filiazione adulterina o incestuosa apparisce come una sottospecie della filiazione naturale (e tale è dinanzi alla logica astratta) nella realtà delle cose deve dirsi (ci sembra) che la filiazione adulterina o incestuosa è diversa e distante dalla filiazione naturale semplice, più ancora che questa nol sia dalla filiazione legittima.

Sembrano questi i criteri fondamentali a cui si è inspirato il nostro diritto positivo; e la loro più ampia valutazione troverà sede conveniente in altro luogo. Ora restano da esaminare le applicazioni comparative di questa specie di parentela, rispetto a quella legittima.

Della filiazione naturale semplice gli effetti civili, in sè considerati, sono molteplici e abbastanza prossimi a quelli della parentela legittima. Più notevoli questi: il *nome di famiglia* del genitore che viene assunto dal figlio naturale riconosciuto (art. 185, cod. civ.): l'attribuzione ai figli della cittadinanza dei genitori (art. 4, cf. art. 7): il diritto e l'obbligo reciproco degli alimenti tra genitori e figli naturali (art. 186, 187): il diritto di *autorità paterna* che a quelli è attribuito su questi, diritto che la legge qualifica come *tutela legale* (art. 184), e che tuttavia ha parecchie norme diverse dalla tutela ordinaria e comuni invece alla patria podestà (art. 184, § u°), senza che perciò possa considerarsi

senz'altro come tale, giacchè, all'infuori di quelle norme speciali ivi richiamate, sono applicabili per analogia le regole della tutela e non quelle della patria podestà; i diritti, in certi limiti, *reciproci* di successione intestata fra genitori e figli naturali, salvochè la *misura* del diritto ereditario non è uguale pei figli o genitori naturali e per quelli legittimi (art. 743 e seg., 750, 751); il diritto, regolato in modo analogo, di riserva nelle successioni testamentarie a favore dei figli naturali (art. 815, 816); i diritti o divieti relativi al matrimonio, per l'impedimento a contrarlo (art. 58, 59), pel consenso dei genitori al matrimonio dei minorenni (art. 66), pel diritto di opposizione (art. 82), per l'esercizio dell'azione di nullità (art. 104). Tutto ciò conferma ampiamente il principio già accennato che dalla filiazione semplicemente naturale deriva un vero *stato civile*, per un complesso di rapporti personali, fra genitori e figli.

Della filiazione adulterina o incestuosa invece, gli effetti civili, anche in sè considerati, sono così esigui, da renderla distante (come ora dicevasi) dalla filiazione naturale semplice più assai che questa non sia dalla filiazione legittima. E in effetto la filiazione adulterina o incestuosa non solo non può essere riconosciuta volontariamente (art. 180, cod. civ.), o mediante dichiarazione giudiziale (art. 193), nè servire quindi di base alla legittimazione (art. 195); ma quando pure risulti indirettamente accertata, non conferisce al figlio il *nome* di famiglia del genitore, nè a questo l'autorità tutoria su quello, nè al figlio un diritto di quota ereditaria, ma soltanto (per considerazioni di umanità) il diritto al figlio di conseguire gli alimenti (art. 193, capov.); diritto che poi non è reciproco nel genitore contro il figlio, e che da parte di questo si può esercitare anche contro le persone succedute al genitore adulterino o incestuoso, ma non nella qualità di *parenti*, bensì soltanto in quella di *eredi* (art. 752, § 2). Epperò dicemmo che la filiazione adulterina o incestuosa non genera veri rapporti di stato personale, facendo luogo ad un solo diritto

di carattere pecuniario. Senonchè ci sembra che il pensiero del nostro legislatore su questo delicatissimo tema sia stato trasceso e svisato da uno dei commentatori del codice Italiano. Un brano della relazione della Commissione senatoria — ove è detto che dei figli adulterini o incestuosi *è vietato il riconoscimento per ragioni di pubblica morale, e per non infliggere sulla loro fronte una macchia ignominiosa che sarebbe peggiore della oscurità dei loro natali* (1) — parve a lui fondamento bastante per erigere la teoria che il *riconoscimento* di tali figli sia vietato, in quanto che riconoscimento significa benefizio, favore, mentre qui esprimerebbe rigettamento e suggello di disonore; che pertanto sia permesso al padre e alla madre *di beneficare i loro figliuoli, ma non d'infamarli.* E se tuttavia nei casi speciali di constatazione indiretta della filiazione medesima, previsti nell'art. 193 (compresa fra questi la *dichiarazione scritta dei genitori*), si ammette nei figli il diritto agli alimenti, ciò non implica contraddizione alcuna al concetto precedentemente formulato, in quanto che tale constatazione può *giovare* ai figli illegittimi, ma *non può loro nuocere:* ecco tutto (2). Ora, questa seducente spiegazione può corrispondere ai convincimenti individuali dell'autore, come di altri giuristi; ma non sembra che riproduca esattamente il sistema della legge nostra. A dimostrare infatti che la constatazione indiretta della filiazione adulterina o incestuosa può essere invocata non soltanto a benefizio dei figli, ma anche contro di essi, e può nuocer loro anzichè giovare, basta riflettere che da quella constatazione deriva senza contrasto l'impedimento al matrimonio fra persone che risultino legate da un simile vincolo di parentela (come vedremo a suo tempo), e ne deriva altresì la restrizione della capacità a ricevere per successione, sancita nell'art. 752, cod. civ.; la quale ultima incapacità è bensì controverso, non però escluso,

---

(1) Relazione della Commissione del Senato sul Progetto del codice civile del Regno d'Italia (tornata 16 giugno 1864), Lib. I, § 86.

(2) Borsari, *Comm. cod. civ.*, t. I, art. 180, § 441 in f.

che possa nascere anche dalla spontanea dichiarazione scritta dei genitori, anzichè soltanto dagli altri mezzi di prova contemplati nell'art. 193 (1), ma in ogni modo non può non riconoscersi come un importante effetto pregiudizievole della constatazione della filiazione adulterina o incestuosa. Senza potersi dunque appagare del preteso principio che questa specie di filiazione possa giovare e non nuocere ai figli, il vero è che essa fa luogo non (come fu dimostrato) ad un vero stato personale, ma in favore dei figli ad un solo *diritto*, di carattere pecuniario, e insieme con questo ad alcune *incapacità*, relative al matrimonio ed alla successione testamentaria; le quali tuttavia si spiegano per ragioni speciali di moralità o di convenienza sociale, prescindendo dal concetto che sia, mentre non è, dalla legge riconosciuta la esistenza di uno stato civile di parentela adulterina o incestuosa (2).

6. Resta ora di valutare gli effetti civili della parentela naturale, sotto il secondo dei due indicati aspetti, cioè nella loro estensione subbiettiva, rispetto alle persone fra cui quegli effetti possono propagarsi. E qui ancora fra la parentela legittima e quella naturale apparisce una differenza profonda.

La prima, come già fu accennato, può spiegare, in genere, le sue conseguenze giuridiche fino al decimo grado; limite

---

(1) Su questa grave questione, confr. il Vol. III, di questo Corso, 1ª Edizione, n. 160; ove accogliemmo la massima che la dichiarazione scritta dei genitori produca anch'essa la incapacità testamentaria passiva dei figli adulterini e incestuosi. In senso contrario, v. più specialmente Gabba, note nel *Fôro italiano*, XII, 1212, e XIII, 675. Anche la giurisprudenza delle nostre Corti è discorde, sebbene acquisti prevalenza la opinione contraria a quella da noi adottata; confr. Cassazione di Firenze, 27 dicembre 1888 (*Fôro italiano*, XIV, 80), Corte di Venezia, 26 marzo 1889 (id. 600), Corte di Genova, 31 dicembre 1889 (id. XV, 366). La stessa opinione nostra fu ampiamente sostenuta dalla Corte di Lucca, 4 maggio 1888 (id. XIII, 675). Dovremo occuparcene ancora in altra sede.

(2) Confr. il Vol. III di questo Corso (1ª Edizione), n. 89-90, p. 582-588 e n. 171-173, p. 1031 e seg.

estremo, secondo la nostra legge, della efficacia della parentela. E dentro questo limite, essa produce i suoi effetti così in linea ascendente, come in linea discendente o collaterale. All'opposto gli effetti della parentela naturale sono limitati ad una cerchia di persone assai più ristretta.

Se si tratta di parentela adulterina o incestuosa, essa produce soltanto, come fu osservato, il diritto a favore dei figli ed a carico dei genitori per gli alimenti (art. 193, cod. civ.). Ma non ne sorgono rapporti civili fra i figli adulterini o incestuosi e i parenti legittimi dei genitori, come non ne sorgono fra i genitori stessi ed i figli o discendenti anche legittimi, dei figli predetti. Vero è che questi, a termini dell'art. 752, § 2, cod. civ., possono esercitare il loro diritto agli alimenti anche contro i successori dei loro genitori. Ma alla concessione, che fa la legge, di questo diritto, rimane estranea ogni idea di supposta parentela fra i figli adulterini o incestuosi e quei successori; i quali restano obbligati alla prestazione degli alimenti, non come *parenti*, ma come *eredi*, in quanto cioè succedendo al genitore adulterino o incestuoso, avendone la rappresentanza giuridica e continuandone la personalità, subentrano come in tutte le obbligazioni pecuniarie di lui, così anche in quella dei detti alimenti (1). Il diritto dei figli diventa insomma in tal caso un credito ereditario, anzichè un credito per rapporto di stato personale verso i successori del genitore. Lo dimostra evidentemente la legge stessa, regolando questo diritto a titolo di *successione;* mentre se esso fosse basato sopra un rapporto di parentela fra il figlio adulterino o incestuoso e i successori del genitore, tratterebbesi per questi di un obbligo non trasmesso loro ereditariamente dal genitore, ma sorto in essi *ex capite proprio,* dietro la mancanza del genitore medesimo; epperò avrebbe dovuto essere regolata non già nel titolo e colle norme delle successioni ereditarie, bensì nel libro delle persone e nel

---

(1) Pacifici-Mazzoni, *Istituz. di dir. civ.* (3ª Edizione), II, 47 in f.

punto in cui la legge determina l'ordine successivo con cui i diversi parenti di una persona sono chiamati alla prestazione degli alimenti. Più evidentemente ancora conferma questo concetto la circostanza che l'art. 752 citato, accordando a questi figli il diritto agli alimenti verso l'eredità del genitore, lo accorda indistintamente contro qualsiasi erede; e se lascia ai tribunali di valutare *il numero e la qualità degli eredi legittimi*, ciò è soltanto per determinare la proporzione e la misura del diritto alimentario; laddove, se si trattasse di un obbligo che incombesse a costoro per ragione di parentela col figlio adulterino o incestuoso, la legge avrebbe dovuto necessariamente determinare l'ordine con cui l'obbligo stesso verrebbe a sorgere in ciascuno di loro, indipendentemente dalla qualità di eredi del genitore. Ciò quanto ai rapporti dei figli adulterini o incestuosi verso i parenti dei loro genitori. Che poi non esistano rapporti giuridici nemmeno tra il genitore adulterino o incestuoso e i discendenti anche legittimi del figlio suo, risulta evidentemente dal confronto dell'art. 186, relativo ai figli semplicemente naturali, coll'art. 193 relativo ai figli adulterini o incestuosi. Il primo di questi articoli, — dopo avere dichiarato che il genitore ha l'obbligo della educazione e degli alimenti verso *il figlio naturale riconosciuto*, — soggiunge, con espressa dichiarazione, che " *eguale obbligazione ha il genitore verso i discendenti legittimi* del figlio naturale premorto... „. E questa disposizione, dettata com'è pei soli figli naturali *riconosciuti*, non è evidentemente applicabile ai figli adulterini o incestuosi, dei quali la legge non ammette invece il *riconoscimento* (art. 180). Per questi adunque l'unica norma di legge applicabile è precisamente quella dell'art. 193, parte seconda; il quale (a differenza di ciò che stabilisce l'art. 186 pei figli naturali semplicemente) non ripete la dichiarazione che il diritto di alimenti loro concesso possa esercitarsi anche dai loro figli o discendenti legittimi; e ciò è quanto dire che l'effetto degli alimenti, derivante dalla filiazione adulterina o incestuosa, si restringe

ai rapporti fra genitore e figli, senza comunicarsi ai discendenti anche legittimi di costoro. Ciò veramente non basta a risolvere il punto, su cui ritorneremo trattando della obbligazione degli alimenti, se cioè i discendenti del figlio adulterino o incestuoso premorto abbiano veste e diritto per reclamare le prestazioni alimentari che gli erano dovute, e che da lui non fossero state percepite. Ma la soluzione anche affermativa di questo speciale quesito non infirma in modo alcuno la verità e la efficacia del principio, secondo cui non esiste, agli occhi della legge, legame di parentela fra il genitore adulterino o incestuoso e i discendenti del figlio; essendo chiaro, che se questi discendenti potranno aver titolo a reclamare le prestazioni alimentari già dovute al figlio stesso, essi agiranno non nella qualità e per titolo di *parenti* del genitore adulterino o incestuoso, ma invece come *eredi* del figlio, nel patrimonio del quale troveranno questo diritto di credito già aperto ed acquisito a lui prima della sua morte.

Un altro punto di questione, su cui pure ritorneremo più innanzi, è il seguente: tra il genitore adulterino o incestuoso e i discendenti del figlio, esiste, o no, impedimento al matrimonio, per vincolo di parentela, a termini dell'articolo 58? La risposta, secondo noi, non può essere che affermativa. Ma anche in ciò non può trovarsi contraddizione al principio generale stabilito sopra; in quanto che la legge, per ragioni di moralità e d'ordine nelle famiglie, può considerare come sufficienti, per l'effetto speciale dell'impedimento al matrimonio, anche rapporti di fatto non suscettibili per regola degli effetti civili comuni.

Rivolgendoci ora a considerare gli effetti della parentela naturale semplice, in riguardo alla cerchia di persone fra cui si estendono, troveremo anche qui differenze significantissime, in confronto alle altre due.

La parentela naturale semplice si discosta da quella adulterina o incestuosa, avvicinandosi, in certo senso, alla parentela legittima, in ciò che essa produce rapporti ed

effetti civili, non solo tra i genitori ed i figli riconosciuti, ma anche tra quelli ed i figli o discendenti legittimi di questi. Il codice riconosce esplicitamente questa massima; imperocchè vieta il matrimonio fra tutti gli ascendenti e discendenti non solo legittimi, ma anche *naturali* soltanto (art. 58); stabilisce in certi casi l'obbligazione del genitore di provvedere alla educazione ed agli alimenti *dei discendenti legittimi del figlio naturale premorto* (art. 186); attribuisce pure ai *discendenti* medesimi gli stessi diritti che sarebbero spettati a quel figlio *nella successione legittima* del genitore naturale (art. 748), e gli stessi diritti ancora nella successione testamentaria (art. 817). E quanto a questo diritto di successione in ispecie, se è vero che esso costituisce evidentemente un diritto di *rappresentazione* (cf. articoli 729, 734) in quanto suppone la premorienza o la incapacità, o l'assenza del figlio naturale riconosciuto, è vero anche che esso implica per ciò stesso una vera e propria *vocazione ereditaria nei discendenti del figlio naturale verso il genitore di questi;* per il noto e fondamentale principio, in tema di rappresentazione, che il rappresentante non potendo raccogliere pel tramite del rappresentato diritti che questi non ha ricevuto, perchè premorto o incapace all'epoca della successione, succede *direttamente* alla persona della cui eredità si tratta, riceve *da questa* l'eredità, nel luogo del rappresentato premorto o incapace, e deve quindi avere la *vocazione e la capacità a succedere di fronte al de-cujus;* mentre all'opposto non nuoce al rappresentante l'essere indegno di succedere o rinunziante *rispetto al rappresentato*, da cui non acquista (cf. art. 735). — Tutto ciò dimostra dunque ad evidenza che fra il genitore naturale ed i figli o discendenti legittimi del figlio naturale riconosciuto esiste una vera *parentela naturale legalmente produttiva di effetti civili.*

Ma d'altro lato, gli effetti civili della parentela naturale semplice in riguardo alle persone fra cui possono svolgersi, si discostano da quelli della parentela legittima, avvicinan-

dosi piuttosto agli altri della parentela adulterina o incestuosa, nel senso che, per regola, non ne sorge un vincolo legale tra i figli naturali riconosciuti e i parenti anche legittimi del genitore naturale. È questo un principio di evidente ragione; non essendo ammissibile che il fatto arbitrario e immorale della procreazione fuori di matrimonio — del quale fatto il riconoscimento volontario o la dichiarazione giudiziale, che lo supplisce, non sono altro che il mezzo di constatazione (arg. art. 188, cod. civ.) — abbia ad importare vincoli ed obbligazioni ai parenti dell'autore di quel fatto, nè reciprocamente possa attribuir loro diritti. A questa massima si riconnette infatti abbastanza chiaramente l'art. 182 del codice nostro; e applicazione più evidente ancora ne fa l'art. 749, dichiarando che " Il figlio " naturale, ancorchè riconosciuto, non ha alcun diritto " (di successione) sui beni dei congiunti del padre o della " madre, nè questi congiunti hanno diritto sui beni del " figlio naturale ". Altra analoga applicazione dello stesso concetto risulta in riguardo alla prestazione degli alimenti; non essendone riconosciuto nè il diritto nè l'obbligo nei figli naturali verso i parenti, quali che siano, del genitore naturale (art. 186, 187 — cf. art. 139, 141, cod. civ.). — Tuttavia, anche in questo rapporto, non manca qualche eccezione, giustificata da speciali ragioni, o dalla condizione delle cose, e per la quale la parentela naturale produce certi effetti civili anche tra il figlio ed i parenti legittimi del genitore naturale. Ciò si verifica in riguardo al *nome di famiglia*, che il figlio naturale riconosciuto desume dal genitore (art. 185, cod. civ.), come pure riguardo al divieto del matrimonio " fra le sorelle e i fratelli *legittimi o naturali* " (art. 59), quindi anche tra i figli legittimi e i figli naturali di una stessa persona. — Esaminando dunque la relazione che intercede fra la massima generale e le eccezioni ora indicate, potrebbe formularsi questo criterio più comprensivo: che la parentela naturale semplice non produce tra il figlio naturale riconosciuto e la famiglia del ge-

nitore effetti civili *di ordine pecuniario,* ma può produrre alcuni effetti *di ordine morale.*

La determinazione della regola generale ora esposta conduce ad una conseguenza ulteriore e notevole; ed è che gli effetti civili della parentela naturale, mentre si estendono, come si è veduto, ai discendenti legittimi del figlio naturale, non possono invece essere applicati ai figli naturali che lo stesso figlio naturale avesse a sua volta; sicchè tra *avo e nipote* amendue *naturali,* non sussistono, secondo la legge nostra, gli effetti civili proprii della parentela naturale. E infatti, se il figlio naturale non ha, in massima, rapporti civili coi parenti legittimi del suo genitore, molto meno può averne coi parenti di lui che siano naturali soltanto; giacchè sarebbe assurdo che il figlio naturale fosse stretto con vincoli più efficaci al genitore naturale che non allo stesso genitore legittimo del proprio genitore. Il precetto generale dell'art. 749 trova quindi, in questa ipotesi, una ragione *a fortiori* di essere applicato.

Riassumendo, circa la estensione subbiettiva della parentela naturale, diremo — non già che nella filiazione naturale trovasi: " *un solo rapporto necessario, quello di* " *generato e generante* „ (1) — ma più esattamente, che gli effetti naturali di questa parentela fanno capo al genitore naturale, da cui cominciano, per estendersi al figlio naturale e anche alla sua discendenza legittima, ma senza propagarsi nè ascendentalmente, nè collateralmente, al di là del genitore stesso.

Da ultimo, la parentela puramente *civile,* nascente dal fatto della adozione, produce essa pure effetti abbastanza limitati, e pel loro oggetto e per le persone fra cui si estendono.

E infatti da essa non deriva il rapporto di *patria podestà,* poichè all'opposto il figlio adottivo " conserva tutti i diritti " e doveri verso la sua famiglia naturale „ (articolo 212,

---

(1) Confr. Borsari, *Comm. cod. civ.*, I, art. 186, § 451 (d).

codice civile); ma ne derivano certi effetti di ordine pecuniario, come il diritto reciproco agli alimenti (art. 211), e il diritto, non reciproco però, di successione (art. 737, 806); ne derivano altresì alcuni effetti di ordine morale, come l'impedimento al matrimonio (art. 60), e il diritto nel genitore adottivo, in concorso col genitore legittimo o naturale, di prestare il consenso al matrimonio del figlio minorenne (art. 63), e come altresì l'obbligo dell'adottato di *onorare e rispettare* l'adottante (arg. art. 220) (1).

Quanto poi alla estensione di questi effetti, in rapporto alle persone a cui si applicano, l'art. 212, § 2 pone recisamente la norma che *L'adozione non induce alcun rapporto civile fra l'adottante e la famiglia dell'adottato, nè fra l'adottato ed i parenti dell'adottante, salvo ciò che è stabilito nel titolo del matrimonio.*

Amendue le massime quivi stabilite trovano giustificazione nell'indole e nei caratteri stessi dell'adozione. Essa è, nel suo scopo precipuo, un *atto di beneficenza* dell'adottante verso il figlio adottivo, sebbene possa nascerne eventualmente qualche vantaggio a favore anche del primo, in ordine agli alimenti: essa, d'altro lato, deriva da un atto puramente volontario, essendo creata col solo *consenso* delle parti salvo la necessità della omologazione, a termini degli art. 215, 216 cod. civ. È naturale pertanto che l'adottante contragga rapporti civili solamente colla persona che egli volle beneficare, e che i parenti sì dell'uno che dell'altro, rimasti estranei a quell'atto puramente consensuale, non abbiano a rimanerne aggravati, nè, reciprocamente, avvantaggiati. Ciò vale senza difficoltà per gli effetti civili di carattere pecuniario, nascenti dall'adozione; mentre per qualche altro effetto d'ordine morale, e precisamente per l'impedimento al matrimonio, si comprende come ragioni di onestà e di convenienza si impongano per estendere le conseguenze dell'adozione anche tra le due famiglie dell'a-

---

(1) Confr. il vol. IV di questo Corso (1ª Edizione), n. 128.

dottante e dell'adottato; e si comprende quindi il precetto dell'art. 60, codice civile, secondo cui il matrimonio resta proibito fra l'adottante e i discendenti o il coniuge dell'adottato, tra i figli adottivi di una stessa persona, tra il figlio adottivo e i figli sopravvenuti all'adottante.

Senonchè, anche in ordine agli effetti pecuniari dell'adozione, la massima generale, che essi vanno ristretti fra la persona del padre e quella del figlio adottivo, trova nella legge nostra una notevole eccezione nel disposto degli articoli 737 e 806, i quali accordano i diritti successorî, spettanti sull'eredità dell'adottante all'adottato, anche ai discendenti di quest'ultimo. È questa pure veramente una derogazione alla regola generale dell'art. 212, § 2 e appunto per ciò non si presta ad essere generalizzata, nè può autorizzare a rovesciare la regola, ritenendo senz'altro che tutti gli effetti civili dell'adozione (compreso, ad. es., quello degli alimenti) possano estendersi tra l'adottante ed i discendenti dell'adottato (1). — L'apparente sconcordanza fra queste disposizioni deve dunque correggersi intendendo l'art. 212, § 2 come se fosse scritto così: " L'adozione " non induce alcun rapporto civile fra l'adottante e la fa- " miglia dell'adottato, nè tra l'adottato e i parenti dell'a- " dottante, salvo ciò che è stabilito nel titolo del matri- " monio, *e salvo il disposto degli art.* 737 *e* 806 „.

7. Compiuto così l'esame comparativo della parentela legittima, naturale e adottiva, nei loro generali caratteri ed effetti, restano ora a studiare i modi con cui può riconoscersi la posizione rispettiva dei singoli membri di una stessa famiglia, secondo la diversa prossimità o intensità del legame di parentela fra essi intercedente; ricordando anzitutto, a questo proposito, che le norme sancite intorno a ciò dagli art. 48 e seg., cod. civ. sono stabilite precisamente in considerazione della sola parentela *legittima* (2).

(1) V. vol. IV di questo Corso (1ª Edizione), n. 124.
(2) Confr. sopra, n. 4 in pr.

Il sistema della legge in questo tema si presenta (non in se stesso, ma per le applicazioni sue) molto più semplice e spedito nel codice nostro, che non nel codice Francese; dove la valutazione dei rapporti di parentela trova complicanze notevoli, nella materia delle successioni, in conseguenza della regola fondamentale in quel diritto, per la quale le eredità devolute agli ascendenti o ai collaterali si dividono in due parti uguali, l'una pei parenti della linea *paterna*, l'altra pei parenti della linea *materna* (art. 733); regola la quale non è poi che una derivazione, benchè insieme una modificazione, della massima accolta nel diritto consuetudinario francese — dietro il concetto della comproprietà familiare — " *paterna paternis, materna maternis* " *volvuntur* ". E la modificazione sta in ciò, che mentre per la massima antica occorreva rintracciare l'origine dei beni del defunto, per assegnare rispettivamente i beni provenienti da ciascuna delle due linee ai parenti della linea stessa, il codice Francese invece, esclusa l'indagine della provenienza dei beni (art. 732), divide il patrimonio del defunto in due parti *uguali*, pei parenti di ciascuna delle due linee, *presumendo* che alla composizione del patrimonio di lui abbiano concorso in ugual modo i beni del padre e quelli della madre sua.

Intanto questo particolare sistema delle divisioni ereditarie apporta difficoltà non poche nella applicazione delle norme relative alla parentela (1). Ma tali difficoltà non possono più riprodursi nel sistema del codice Italiano, che scostandosi dal codice Francese, e ritornando ai principii del diritto romano, considera i beni di un defunto come formanti una sola massa, un unico patrimonio, e senza distinguere più fra linea paterna e materna (tranne che nel caso speciale e per gli speciali effetti considerati negli articoli 739 e 807), adotta, nelle successioni degli ascendenti e

---

1) Confr. Demolombe, XIII, 326-329; Laurent, IX, 32-33.

dei collaterali, la regola che *il parente più prossimo esclude il più remoto* (art. 722, 731, 742).

Codesta differenza di sistema importava avvertire, acciò resti inteso che da noi, fra i due mezzi di valutazione della parentela, che sono le *linee* e i *gradi*, la importanza della linea trovasi notevolmente modificata. Finchè la *linea* si prende nel senso dianzi considerato, come sinonimo cioè di *famiglia* paterna o materna (cf. appresso n. 8), può dirsi che il valore ad essa attribuito nel codice Francese è cessato pel codice Italiano, meno che per taluni limitati effetti (cf. art. 64, 244, 739). Ma se invece la linea si intende nell'altro senso, in cui sta a designare semplicemente la *serie delle generazioni*, e la sua procedenza ascendente, discendente o collaterale, essa mantiene, di fianco al grado, un valore suo proprio e assai rilevante. Così è, ad esempio, che nelle successioni i discendenti sono chiamati a preferenza degli ascendenti e dei collaterali, quand'anche questi si trovino più prossimi al defunto che non quelli (art. 721, 736 e seg., cod. civ.).

Ciò premesso, dovendosi ricercare il criterio per determinare la intensità del vincolo di parentela nei rapporti delle varie persone che appartengono ad una famiglia, si intende che il legame fra esse esistente dipende unicamente dalla serie successiva delle generazioni, e che in conseguenza esso sarà più o meno stretto, secondo il numero maggiore o minore delle generazioni che intercede fra i diversi individui appartenenti a quella famiglia, cioè che il vincolo stesso si affievolisce man mano che essi si allontanano dalla comune loro origine. Tale è infatti la regola data dall'art. 49, cod. civ.: “ *La prossimità della parentela* “ *si stabilisce secondo il numero delle generazioni* „.

La prima e più importante esplicazione di questa regola sta in ciò, che siccome ogni individuo che si renda capo di una famiglia, non cessa per questo di appartenere a quella da cui egli stesso procede, ma comunica anzi ai proprii discendenti i rapporti che ad essa lo legano: così esistono

rapporti di parentela più o meno prossima fra tutte le persone che discendono, per diverse branche, da un autore comune. Quindi le due specie fondamentali del vincolo di parentela: 1° fra quelli che discendono direttamente gli uni dagli altri, per rapporti di generanti e generati; 2° fra quelli che, pur non essendo generati gli uni dagli altri, nè dalle stesse persone, si ricollegano però, risalendo alle rispettive loro origini, ad un autore *comune* della loro discendenza. — E l'una e l'altra specie di parentela è infatti compresa nella definizione generica dell'art. 48: " La parentela è il vincolo fra le persone che discendono da uno stesso stipite ".

Per rappresentare in modo più sensibile queste idee, si sono adottate figure prese dalle cose materiali. Così si è raffigurata la famiglia come un *albero*, il cui fusto o *stipite* sia la persona dalla quale ebbero origine tutte le altre componenti la famiglia medesima. Ciascuno degli individui procedenti successivamente da quell'autore comune rappresenta una *diramazione* di quell'albero; senonchè esso ha potuto a sua volta formare una nuova famiglia, una nuova *stirpe*, la quale considerata isolatamente sarà come un nuovo albero di cui quello stesso individuo sarà lo stipite, ma considerata in relazione alla famiglia intera a cui quell'individuo appartiene, non sarà essa stessa che un *ramo* di quel più grande albero. E ciascun ramo poi potrà nello stesso modo produrne più altri.

Però questo simbolo serve piuttosto a dimostrare il modo in cui si forma e suddivide la famiglia, a presentare il prospetto, che non a *misurare* l'ordine e la prossimità della parentela. A questo secondo scopo si è adottata l'altra figura di una *scala*, per la quale si discende dall'autore comune a coloro che per successive generazioni sono proceduti da lui, e da questi si sale a quello. I *gradi* di questa scala rappresentano successivamente gli intervalli fra le diverse persone che si trovano in essa: e il numero progressivo di questi gradi segna così agevolmente la maggiore

o minore *prossimità* della parentela fra le diverse persone di quella famiglia. Senonchè, essendovi (come dianzi fu veduto) un duplice modo del vincolo di parentela, secondochè si tratti di persone discendenti direttamente l'una dall'altra, o invece di persone che scendono soltanto da un autore comune: così la scala rappresentativa della parentela viene ad essere *semplice* rispetto alle persone che si trovano fra loro nella relazione diretta di generanti e generati successivamente: *doppia*, rispetto alle persone che non sono generate le une dalle altre, ma procedono da uno stipite comune. Questi allora forma il punto di congiunzione fra le due scale, su cui si trovano, da una parte e dall'altra, le persone che nella discendenza comune da lui trovano la causa del vincolo che le unisce. Queste preliminari osservazioni agevolano la intelligenza delle norme scritte nel codice agli art. 49, 50, 51, che restano ora ad esaminarsi.

8. Dicemmo che la parentela è rappresentata da una scala semplice od unica rispetto alle persone discendenti le une dalle altre, da una scala doppia rispetto a quelle che si ricongiungono, per discendenze diverse, in uno stipite comune. Ora la prima costituisce la *linea retta* (avi, genitori, figli, nipoti, pronipoti *ex filio*); la seconda costituisce la linea *obliqua* o *collaterale* (fratelli, cugini, zii e nipoti, prozii e pronipoti *ex fratre*), la quale consta dunque di due linee rette partenti da un punto comune.

In questo senso dicono gli art. 49, § 2 e 50 del codice: “ ciascuna generazione forma un grado. — La serie dei “ gradi forma la linea. È linea retta la serie dei gradi tra “ le persone che discendono l'una dall'altra; è linea colla- “ terale la serie dei gradi tra le persone che hanno uno “ stipite comune, senza discendere le une dalle altre „. — Solamente, può notarsi essere in verità la serie *delle persone*, ossia dei parenti, che presenta l'aspetto di una linea o retta o collaterale, nel senso ora indicato.

A questa prima distinzione tien dietro una suddistinzione.

“ La linea *retta* si distingue in discendente ed ascendente.
“ La prima lega lo stipite con quelli che ne discendono,
“ la seconda lega una persona a coloro dai quali essa
“ discende „. — Egli è chiaro però che qui non si tratta propriamente di due linee diverse; ma è la stessa linea che viene considerata sotto diverso aspetto, percorsa in due sensi; secondochè da una persona, presa come punto di partenza, si discende a quelle che da lei procedono per più o men lunga serie di generazioni, o si risale invece a quella da cui essa trae la sua origine. Comunque, la suddistinzione offre utilità e importanza anche pratica; poichè i rapporti giuridici tra parenti in linea retta si spiegano talvolta diversamente (come avviene ad esempio nelle successioni) secondochè debbano profittarne i discendenti verso gli ascendenti o questi verso quelli.

Senonchè la ricerca del vincolo e della prossimità di parentela, per una determinata persona rispetto ad altre, non si restringe nella cerchia di una sola famiglia, ma può estendersi a due famiglie distinte; giacchè ogni persona trovasi legata in parentela e coi congiunti del proprio padre e con quelli della propria madre. Di qui l'altra distinzione, accennata qualche volta dal codice, fra linea *paterna* e linea *materna* (cf. art. 64, 244, 739, 749, 807). Sul valore giuridico di questa distinzione nel sistema del codice nostro, comparativamente al cod. Francese, abbiamo già detto in precedenza (n° 7, in pr.). Basterà ricordare che qui la parola *linea* viene adoprata in senso diverso dal comune; cioè non per designare il succedersi delle generazioni, ossia la serie dei gradi (mentre i parenti della linea paterna e quelli della linea materna non si trovano, fra loro, collegati da una discendenza comune), ma invece per indicare collettivamente gli individui componenti rispettivamente quelle due distinte famiglie; sicchè linea, qui, significa lo stesso che famiglia.

Intanto però si comprende come due persone possano trovarsi vincolate tra loro o dal lato della sola famiglia paterna o materna, ovvero per amendue. E si dicono

quindi parenti *germani* quelli fra cui sussiste il doppio vincolo di parentela; *unilaterali*, quelli che sono uniti da un vincolo semplice, o dal lato del padre (*consanguinei*), o dal lato della *madre* (*uterini*). — Codesta distinzione vale più specialmente pei fratelli, che siano nati da matrimoni diversi in cui siasi avvinto uno dei loro genitori, in confronto a quelli che abbiano comuni amendue i genitori. Tuttavia essa può riferirsi anche ad altri parenti. Così, se contraggano matrimonio il figlio e la figlia di due fratelli germani, i figliuoli nati da quel matrimonio saranno legati con doppio vincolo verso i genitori di quei due fratelli germani, essendo essi bisavoli loro così da parte del padre come della madre; e ugualmente quei figliuoli saranno legati per doppio vincolo con tutti i collaterali che discendano da un medesimo stipite insieme al padre e alla madre. Chè anzi, in questa ipotesi speciale, potrebbe dirsi, astrattamente, che i figliuoli nati da quel matrimonio hanno doppio titolo di parentela verso i loro stessi genitori; in quanto il rapporto di cugini fra questi esistente basta a rendere i figli dell'uno cugini, in grado ulteriore, dell'altro, indipendentemente dal ricercare chi sia l'altro genitore di quei figli. Senonchè qui è chiaro che, legalmente, il rapporto più stretto e diretto da genitore a figlio assorbe l'altro più remoto e indiretto che nascerebbe dalla comunicazione della qualità di cugini; sicchè nella linea *discendentale* viene a mancare la base stessa della distinzione tra vincolo doppio o semplice di parentela. E del resto, anche tra parenti in linea ascendente o collaterale, potendo avvenire che sia diverso il *grado* delle due parentele, per cui una persona è legata ad un'altra, dovrebbesi aver riguardo alla parentela di grado più prossimo, ad esclusione di quella di grado più remoto. Così, i figli di uno stesso padre procreati da due matrimoni successivi contratti con due sorelle, sarebbero fratelli consanguinei, in riguardo al padre, e cugini perchè figli di due sorelle (1).

(1) Confr. Pacifici-Mazzoni, *Istituz. di dir. civ.* (3ª Edizione), I, 50.

Ma pur qui il vincolo più stretto di fratelli assorbe necessariamente e rende inoperante l'altro.

9. Ma le regole ora spiegate, circa le linee di parentela, valgono piuttosto a chiarire la situazione legale dei membri di una famiglia, e a preparare la via per conoscere la prossimità maggiore o minore del vincolo, che non a darne la cognizione effettiva.

A quest'ultimo scopo serve invece la determinazione dei *gradi* della parentela.

Il grado è propriamente l'*unità di misura* della parentela. Come tale, non potevasi evidentemente prendere che la distanza *minima* possibile fra due parenti, cioè il rapporto, l'intervallo fra due persone che si trovino immediatamente prossime. E siccome il vincolo complessivo della parentela è costituito dalla serie delle generazioni, così si comprende che “ *ciascuna generazione forma un grado* „ (art. 49, § 2, cod. civ.).

È chiaro pertanto che *generazione* non vuol dire *persona*, ma rapporto *fra due* persone, fra generante e generato. Quindi non ogni persona costituisce un *grado*, bensì ogni passaggio da una persona all'altra. E alla stessa guisa, ad esempio, che contando i pilastri e gli archi di un ponte, si trova nei pilastri un numero in più che negli archi; così calcolando una linea di parentela, si troverà nel numero delle persone una unità in più che in quello delle generazioni. Per conseguenza, se i *gradi* della parentela si vogliono desumere dal numero delle persone, bisognerà detrarne una dal numero; se si desumano invece dal numero delle generazioni, nel computo di queste sarà già avvenuta senza altro la riunione di *due* persone per formare *una* generazione; salvochè, stabilita che sia così la prima generazione, ogni persona che successivamente si aggiunga basterà per determinare un'altra generazione, quindi un grado.

Questo il significato evidente, benchè non esattamente formulato, dell'art. 51, cod. civ., che dice: “ Nella linea retta

“ *si computano altrettanti gradi quante sono le generazioni,* “ *non compreso lo stipite* „. — Esso non è che una traduzione inesatta del testo romano “ *Tot sunt generationes quot* “ *personae, dempto stipite* „ (1). Il *dempto stipite* sta esattamente, se si ragguagliano le persone alle generazioni (come nel testo antico); ma diventa un fuor d'opera, ove si pongano a riscontro, come fa il nostro art. 51, le generazioni coi gradi. — Ad ogni modo non può cader dubbio sulla intenzione del legislatore.

L'applicazione di queste norme non incontra difficoltà alcuna pel computo dei gradi nella linea *retta*, dove non vi ha che una sola maniera possibile di numerare le generazioni. La cosa è invece meno semplice nella linea *collaterale.*

Per questa si conoscevano due metodi, l'uno adottato dal diritto romano, l'altro dal diritto canonico.

Il diritto romano contava i gradi da amendue i lati della linea collaterale, risalendo dall'uno dei parenti fino all'autore comune, e da questo ridiscendendo fino all'altro parente. In questa guisa non possono trovarsi parenti in primo grado nella linea collaterale (2); gli stessi fratelli, essendo ad un grado ciascuno dall'autore comune, sono fra loro parenti in secondo grado; lo zio e il nipote sono in terzo grado; i cugini (detti primi) in quarto, ecc.

Il diritto canonico invece conta soltanto la distanza dello stipite comune da ciascuuo dei suoi due discendenti che sono fra loro parenti collaterali; e qualora uno di questi si trovi a distanza maggiore dell'altro dallo stipite comune, si ha riguardo al grado più lontano (3). Così i fratelli sono in primo grado, lo zio e il nipote in secondo, i cugini parimenti in secondo, ecc.

---

(1) L. 10, § 11, D. *De grad. et affin.* (XXXVIII, 10).

(2) L. 1, § 1, D. *De grad. et affin.* (XXXVIII, 10): “ Sed superior quidem et inferior cognatio a primo gradu incipit: ex transverso, sive a latere, nullus est primus gradus, et ideo incipit a secundo „.

(3) Confr. Van Espen, *Jus ecclesiast. univ.*, pars II, tit. XIII, cap. V, § 107.

Il nostro codice (come già il codice Francese, art. 738) ha seguìto il sistema romano, dichiarando all'art. 51, § 2, che " Nella linea collaterale i gradi si computano dalle " generazioni, salendo da uno dei parenti allo stipite " comune, e da questi discendendo all'altro parente ".

Si è creduto tuttavia da qualche scrittore che la differenza dei due metodi stia piuttosto nel modo di esprimersi che nella sostanza, in quanto che " il dire che i fratelli " sono amendue ad un grado dall'autore comune equivale " a dire che sono a due gradi fra di loro, come il dire che " lo zio ed il nipote stanno l'uno ad un grado e l'altro a " due da quello stesso autore comune è quanto ritenerli a " tre gradi fra loro, e così di seguito " (1). — Ma ciò è vero solo in parte; poichè, se la differenza del metodo si limita veramente al modo di esprimersi finchè si tratti di parenti collaterali che distano in egual grado dall'autore comune, nel caso invece di grado ineguale, contandosi (col diritto canonico) la distanza dallo stipite comune al parente più lontano, ne risulta la possibilità di equiparare tra loro due posizioni di parentela in realtà diverse; per esempio, ritenendo che zio e nipote siano parenti in secondo grado, e in secondo grado parimenti i cugini, mentre è innegabile che fra i due primi la parentela è meno remota che fra i due ultimi.

10. La parentela per sè stessa può estendersi indefinitamente colle diramazioni che derivano dallo stipite comune. Siccome però quel vincolo va indebolendosi a misura che aumenta il numero delle generazioni interposte tra lo stipite comune e le persone che ne discendono, si arriva infine a tal punto da non poter più riconoscere in quella relazione la forza bastante per ritenerla produttiva di un qualunque effetto civile.

Questo limite estremo fu stabilito nell'art. 48, § 2 del

---

(1) Marcadé, *Cod. Napoléon*, t. I, art. 738, n. 107.

nostro codice, al *decimo grado* di parentela. A questo si venne dopo qualche esitazione, e respingendo le proposte che altri avevano fatte: chi di attenersi al *duodecimo grado*, sull'esempio del codice Francese e di alcuni d'Italia che lo avevano seguìto, e chi di adottare invece il *nono grado*. Parve preferibile il decimo grado, già ammesso dalle leggi toscane, al nono che tra collaterali supporrebbe due linee ineguali.

Così, *oltre il decimo grado* la legge non riconosce più alla parentela nessuno effetto civile; e le persone che sarebbero parenti in grado più rimoto, sono considerate come estranee l'una all'altra. Della qual massima ci offre esempio di applicazione l'articolo 742, § 2 del codice civile; ove, in conformità di questa regola generale dell'articolo 48, § 2, è dichiarato che “ la successione non ha luogo tra i con- “ giunti oltre il decimo grado „.

11. La *prova* della parentela e dei gradi di essa, in caso di contestazione, verrà desunta ordinariamente dai registri dello stato civile, e somministrata mediante produzione degli atti di nascita, di matrimonio o di morte contenuti in quei registri.

Ma sarà questo il solo mezzo di prova ammissibile, o potranno dedursene altri, come per esempio, testimonianze, documenti di famiglia, presunzioni? (1). — La dottrina e la giurisprudenza, dopo qualche esitazione, si accordarono nel ritenere che la prova della parentela non debba limitarsi rigorosamente al mezzo normale risultante dai registri dello stato civile, ma possano i giudici, a loro prudente criterio, ammettere tutti quei mezzi probatorii che, secondo le circostanze, appariscano possibili e convenienti (2). Però la questione è in realtà più grave e com-

(1) Altra è la questione *speciale* che concerne la prova della parentela *naturale*, come impedimento al matrimonio. Ce ne occuperemo fra breve.

(2) Confr. Demolombe, XIII, 339-341; Laurent, IX, 36-37; Pacifici-Mazzoni, *Istituz.* (3ª Edizione), II, 51. V. anche la prima edizione di questo Corso, II, 7.

plessa di quanto si è avvisato; nè tutti gli argomenti addotti, nè tutte le vie seguite per giungere a quella conclusione (che pure anche a noi sembra la vera) possono considerarsi come giusti e adeguati.

La ragione di dubitare nasce sostanzialmente dall'applicazione della regola fondamentale scritta nell'articolo 364, codice civ., secondo cui: " Se non si saranno *tenuti* i registri, o si saranno *distrutti* o *smarriti* in tutto o in parte, " o vi sarà stata *interruzione* nella tenuta dei medesimi, " sarà ammessa la prova delle nascite, dei matrimoni e " delle morti, tanto *per documenti* o per scritture, quanto " *per testimoni* ". — Così la prova libera (come può chiamarsi) dei fatti che servono di base allo stato di famiglia e al rapporto di parentela, sembra limitata nell'art. 364 ai casi ivi contemplati, cioè di mancanza o perdita o interruzione *dei registri*; fatti che devono poi essere preliminarmente accertati, onde poter sostituire le prove subalterne mediante documenti o testimonianze. A questa disposizione generale si collegano, in via di complemento, le altre speciali relative alla prova della celebrazione del matrimonio (art. 121), e alla prova della filiazione legittima (art. 170, 171, 174, 175), le quali prevedono le ipotesi, non più di mancanza o interruzione dei registri, ma di omissione *dell'atto* o di una inesatta redazione di esso.

Or dunque, le norme limitative risultanti da questi articoli non dovrebbero riguardarsi come tassative e di rigore (secondo la dottrina prevalente), per ciò che concerne la prova della parentela. Pure bisogna riconoscere che questa concessione sembra a tutta prima contraria allo scopo stesso avuto in mira dalla legge, nel richiamare sotto il dominio della autorità civile tutto ciò che si attiene allo stato di famiglia, e nell'organizzare il sistema importantissimo degli atti dello stato civile; scopo che non si concilia facilmente coll'ammettere, fuori di quegli atti, qualunque mezzo di prova documentale o testimoniale.

Evidentemente, la giustificazione della massima accolta

non può raggiungersi che per due vie: o dimostrando che il disposto dell'art. 364 non deve restringersi tassativamente ai casi ivi indicati di mancanza, perdita o interruzione *dei registri:* o dimostrando che in ogni modo esso non è applicabile alla questione precisa che concerne la prova del vincolo di parentela.

Considerando la questione sotto il secondo aspetto, che sarebbe il più semplice (in quanto che si porrebbe fuori di causa, in via pregiudiziale, la massima dell'art. 364), troviamo affermata l'idea che la regola stessa è applicabile solo nelle questioni *di stato*, mentre la situazione è diversa laddove non sia questione che di parentela o di *genealogia* (1). Ma pure non dovrà dirsi che precisamente le contestazioni sulla parentela si risolvono in altrettante questioni di stato? Se il vincolo e i rapporti della parentela trovano la loro unica base nei fatti del matrimonio e della filiazione, come concepire una qualunque questione di parentela, che non si connetta e non si immedesimi con una questione di stato, o coniugale o di paternità? — Per quanto possa sembrare difficile il separare l'una cosa dall'altra, il vero è però che questa separazione è possibile. Certamente se, per accertare la esistenza o meno di un rapporto di parentela fra due determinati individui, venisse contestata la conclusione o validità di un matrimonio, da cui quella parentela sarebbe derivata, oppure la qualità di figlio legittimo in uno di quegli individui, o in un altro da cui egli ripetesse la qualità di membro di quella famiglia; certamente saremmo allora nei precisi termini di una questione di stato, e le prove necessarie all'uopo non potrebbero sottrarsi (come ora diremo) alle regole rigorose che risultano dagli art. 364, 121 e 174. Ma può, anzitutto, concepirsi benissimo una controversia relativa ai rapporti di parentela, senza che si faccia questione circa lo stato *individuale* di ciascuno degli interessati. Suppongasi, ad esempio, che la contestazione si limiti a

(1) Demolombe e Laurent, ll. cc.

stabilire quale sia il vero *ordine genealogico* fra i membri di una data famiglia; che occorra ricercare, per non essere immediatamente apparente, la prossimità maggiore o minore di grado fra due determinati parenti verso un loro antenato comune; che rimanga incerto quale sia la precisa branca di discendenza, per la quale un parente o un gruppo di parenti si ricongiunga ad un antico stipite; suppongansi questi ed altri somiglianti casi, e si comprenderà come — qualora non potessero attingersi le prove dai registri dello stato civile, per circostanze di tempo o di luogo — l'ammissione di altri mezzi probatori, come documenti di famiglia o testimonianze, non offenderebbe menomamente le regole restrittive risultanti dagli art. 364, 121, 174, per la ragione evidente che si tratterebbe di fatti e rapporti diversi da quelle questioni di stato che sono avute in mira dai predetti articoli. — Più ancora, può avvenire che le parti, per far decidere una questione di parentela nel senso ora detto, discutano *incidentalmente* sopra un punto di stato coniugale o di filiazione legittima; incidentalmente, vale a dire non per farne oggetto della domanda e della pronunzia giudiziale, non dunque prendendo sopra di esso una speciale *conclusione*, ma deducendolo solo come elemento dimostrativo in appoggio della domanda predetta; talchè l'autorità di cosa giudicata della sentenza relativa — secondo almeno la opinione generale (1) — si restringerebbe a questa, senza estendersi a quello, conformemente al principio che la cosa giudicata si desume dall'oggetto della domanda, e non dai mezzi o argomenti dedotti a sostegno di essa. E anche allora potendo dirsi che non viene sollevata e discussa una questione di stato, *come tale*, ma una questione di genealogia (benchè questa sia addentellata a quella), dovrebbero anche ritenersi non applicabili

---

(1) Confr. Aubry e Rau, § 769; Laurent, XX, 32-33; Mattirolo, *Dir. giudiz.*, I, 787-789 (2ª Edizione); v. anche il vol. III di questo Corso (1ª Ediz.), n. 18, p. 109-110 e n. 19, p. 120-121.

rigorosamente le norme limitative dei citati art. 364, 121, 174, che sono scritte in riguardo appunto alle questioni di stato.

Gli è, ci sembra, tutto quanto si può concedere in ordine alla indagine proposta. Ma se si volesse (ciò che poi non è necessario rispetto al tema nostro) stabilire una massima più generale per determinare il carattere restrittivo o meno dell'art. 364, non potremmo aderire completamente alle considerazioni e alle vedute che altri hanno accolte. Così, quando si osserva che il ricorrere ai registri dello stato civile può talvolta essere cosa materialmente impossibile, perchè la indagine della parentela rimonti ad epoche così remote che gli interessati neppure conoscano il luogo in cui si troveranno i registri stessi, si dice cosa verissima in fatto. Ma quando poi si argomenta e si deduce da questo che la legge *non può domandare alle parti prove impossibili* (1), si dimentica che in verità la legge non domanda nulla alle parti, ma sono esse che accampano una pretesa giuridica qualunque, allegando un fatto come fondamento e titolo di questa pretesa, fatto di cui incombe alla parte interessata il carico di fornire la prova; mentre poi l'idea generale che la impossibilità materiale della prova valga ad esonerare la parte a cui essa spetta, è ormai attenuata al punto da potersi dire esclusa (2). Così pure, quando si dice che in ogni modo l'art. 364 potrà essere applicato per analogia, perchè alla *mancanza* dei registri, ivi contemplata, equivale la *impossibilità di ritrovarli*, per ragione della lontananza dei tempi o per la ignoranza dei luoghi (3), riesce facile il rispondere che l'analogia delle due ipotesi non è poi tanto perfetta; perchè nella prima la legge presuppone constatato positivamente il fatto della mancanza, perdita o interruzione dei registri, e si ammettono allora le prove

(1) Demolombe, XIII, 340 in f.
(2) Confr. Aubry e Rau, VIII, § 749, 2°; Laurent, XIX, 95; Pescatore, *Logica del diritto*, cap. XV; Giorgi, *Teoria delle obbligaz.* (2ª Ediz.), I, 436.
(3) Demolombe, loc. cit., n. 341.

documentali o testimoniali, per la certezza che altre prove non possono aversi; mentre, nella seconda ipotesi, è soltanto incerto ed ignorato se esistano veramente i registri di stato civile; e ammettere in questo semplice dubbio altre prove meno regolari, potrebbe anche condurre a risultanze che fossero invece contraddette dai registri medesimi.

Neppure ci sembra corretta, o almeno maturata abbastanza, l'altra riflessione, che quando la ricerca della parentela risalga ad epoche remote, per esempio a secoli indietro, la regola dell'art. 364 rimanga per ciò stesso inapplicabile, in quanto esso suppone la tenuta dei registri conformemente alle prescrizioni del codice (1). Vi è anche qui qualche cosa di vero; e anzi nell'ipotesi precisa che, all'epoca in cui si ricerca la prova della parentela, non esistessero registri di stato civile, la questione è risoluta senz'altro dallo stesso art. 364, che annovera la *non tenuta* dei registri fra i casi eccezionali di ammissione di altre prove. Ma se poi la lontananza del tempo volesse riguardarsi da sola come circostanza che escluda, in genere, l'applicabilità dell'art. 364 (come sembra essere nel pensiero del Laurent), allora la questione attuale potrebbe complicarsi con una questione di diritto transitorio, sul punto cioè se le regole probatorie per la constatazione di uno stato personale si debbano desumere dalla legge vigente al tempo in cui quello stato sarebbe sorto, o da quella vigente al tempo in cui si esercita l'azione relativa; questione a sua volta complessa e variamente risoluta (2), ma che esorbita per sè medesima dalla cerchia attuale dei nostri studi. Notiamo intanto che questa speciale difficoltà potrebbe anche trovarsi eliminata, qualora la legge attuale non differisse da quella vigente al tempo a cui deve risalire la ricerca dello stato di famiglia,

---

(1) Laurent, IX, 36, pag. 46.

(2) Confr. Aubry e Rau, I, § 30, I, *d* e II, *c*; Laurent, I, 174, 190; Gabba, *Teoria della retroattività*, IV, p. 435-442; Pacifici-Mazzoni, *Istituz. di dir. civ.* (3ª Edizione), I, 67; v. anche il vol. I di questo Corso (1ª Edizione), n. 75 e 124.

nè quanto alla istituzione dei registri dello stato civile, nè quanto ai modi e alle condizioni per fornire le prove dellc stato medesimo, al di fuori dei registri stessi. Ed anzi è precisamente in questa ipotesi che il dubbio proposto deve ora essere esaminato, trattandosi di cercarne la soluzione *di fronte al codice civile vigente;* e trattandosi quindi di sapere, propriamente, se la lontananza del tempo, a cui debbano rimontare le ricerche della parentela, basti per sè medesima, come ostacolo di fatto (indipendentemente dalla ipotesi di una mutazione di legge, avvenuta nel frattempo), ad esonerare dalle norme rigorose stabilite negli art. 364, 121, 174. Così se, entro il periodo di tempo in cui sia rimasto e sia per rimanere immutato il sistema sancito dal nostro codice, secondo i predetti articoli, accada di dover fornire le prove della parentela, rimontando però ad un'epoca così remota che le parti interessate non possano conoscere quali registri e di qual luogo farebbero al caso loro: basterà questa circostanza per autorizzare il ricorso alle prove per documenti o per testimoni, sebbene non si verifichino le condizioni speciali contemplate negli articoli stessi?

Ecco il punto vero della difficoltà. E a parte le questioni subalterne che si presentano nella interpretazione dell'articolo 364, noi siamo convinti che il quesito possa risolversi unicamente col criterio che fu esposto da principio. Vale a dire, se la constatazione della parentela implichi e sollevi una vera quistione di stato, circa la posizione individuale (coniuge o figlio legittimo) di uno dei parenti, non si potrà decidere la questione se non *entro il concetto* dei predetti articoli, salvo il poterli più o meno largamente interpretare; ciò che non è luogo qui di esaminare. Se invece la controversia si restringa all'ordine della genealogia, e sia così una questione di pura parentela, in senso proprio, allora soltanto potrà dirsi che siamo fuori del concetto e del terreno di applicazione di quegli articoli; e allora soltanto potranno i magistrati, attesa la impossibilità per le parti di addurre le prove normali, mediante estratti dei registri

dello stato civile, ammettere a loro prudente criterio i mezzi di prova che appariscano convenienti alle circostanze del caso.

11bis. Resta necessario qualche schiarimento ancora intorno a questo arduo tema. Posto che per la constatazione della parentela, nel senso sovraindicato, possano essere ammissibili altri mezzi di prova, oltre quelli ordinari tratti dai registri dello stato civile, nessun limite sarà da prefiggersi al potere discrezionale del giudice, e qualsiasi specie di prova potrà ritenersi deducibile? Non sarà inopportuna qualche avvertenza, riguardo specialmente alla prova testimoniale, e a quella che si desume dagli alberi genealogici come documenti di famiglia.

Quanto alla prova testimoniale, è manifesto senz'altro che rimangono qui estranee le restrizioni sancite per la prova delle obbligazioni e dei contratti dall'art. 1341. Come è noto, il codice nostro ha determinato più esattamente il valore di queste restrizioni, parlando della prova di una *convenzione*, il cui oggetto ecceda il valore di lire cinquecento, e correggendo così il corrispondente art. 1341 del codice Francese, il quale dice invece che: “ Il doit être “ passé acte... *de toutes choses* excédant la somme ou valeur “ de cent cinquante francs „. — Quindi, anche nel campo delle obbligazioni convenzionali, la distinzione fra convenzioni e fatti, l'applicabilità delle restrizioni predette solo alle prime e non ai secondi — già accolta del resto nella dottrina e giurisprudenza francese — è per noi una massima sancita espressamente dalla legge. Nel tema attuale ricorre poi un'altra ragione per escludere l'applicazione della regola posta nell'art. 1341, ed è la differenza di materia e di oggetto; altro essendo il campo dei rapporti contrattuali, ed altro quello dei rapporti di famiglia o parentela. Tuttavia non può disconoscersi che le stesse restrizioni poste alla prova testimoniale dall'art. 1341, rivelano lo spirito, l'intendimento generale del diritto nostro, di guar-

dare cioè con diffidenza e con isfavore la prova testimoniale. E di questo generale criterio troviamo infatti una manifestazione notevole anche nel campo dello stato personale; poichè, in riguardo alla reclamazione di paternità o maternità legittima, l'art. 174 ammette bensì la prova testimoniale, ma sotto diverse condizioni, fra le quali quella che la prova testimoniale sia confortata da un *principio di prova scritta*, oppure da *presunzioni o indizi* (risultanti da fatti già certi) *abbastanza gravi* per determinarne la ammissione (art. 174, § 2). Ed anzi in questa norma speciale bisogna ravvisare un rigore nuovo, in confronto ai principii comuni sulla prova testimoniale; imperocchè, secondo questi, le testimonianze sono ammissibili, anche *senza nessun principio di prova scritta*, qualora la parte allegante sia stata *nella impossibilità di procurarsi la prova documentale* (art. 1348, cod. civ.); mentre qui, sebbene tale impossibilità ricorra certamente per colui al quale manchi il *titolo* della sua filiazione legittima, pure la prova testimoniale non è ammessa, secondo il citato art. 174, se non dietro l'appoggio di un *principio di prova scritta*, che dimostri verosimile il fatto allegato (1). Pur tuttavia, in forza della massima già dimostrata nel numero precedente, che alla prova della semplice parentela non sono da estendersi le norme rigorose sancite dagli articoli 64, 121, 174 in riguardo alle vere questioni di stato, fa d'uopo ammettere altresì che cessano qui di essere imperative, come le restrizioni della prova testimoniale portate dall'art. 1341, così anche quelle sancite nell'art. 174.

Diciamo che non sono *imperative:* poichè, pur dovendo rilasciare l'ammissione e l'apprezzamento di questa prova al criterio del magistrato, può e deve riconoscersi almeno come norma di condotta pel giudice, secondo lo spirito generale del diritto nostro, quella di non affidarsi con troppa

---

(1) Confr. il vol. III di questo Corso (1ª Edizione), n. 78, p. 521-522.

facilità e larghezza alle testimonianze, come mezzo di accertamento dei rapporti di parentela.

Un altro punto che può lasciar luogo a qualche dubbiezza in questo tema, dicemmo essere quello della efficacia probatoria o meno, fra i documenti di famiglia, degli *alberi genealogici*. Sono ammissibili in giudizio? e a qual titolo? Poniamo così la domanda in doppio aspetto; perchè se la ammissibilità in genere di queste specie di documenti può ritenersi ormai giustificata dai criteri sviluppati fin qui, circa l'ampiezza dei poteri che sono da riconoscersi nei magistrati, per la constatazione della parentela (1), resta necessaria però qualche avvertenza riguardo al carattere giuridico che potranno assumere i documenti stessi come mezzo di prova.

E sembra chiaro che il criterio direttivo della soluzione dipende tutto dalla *fonte* da cui quegli alberi genealogici provengano. Se essi infatti risultino emanati dalla autorità stessa che era competente (all'epoca in cui furono rilasciati) per gli atti dello stato civile, non vi sarà ragione alcuna per negar loro il carattere di atti autentici; quando, d'altronde, rivestano le formalità necessarie per quegli atti, e semprechè nel loro contenuto materiale presentino elementi sufficienti di prova (2). — Se all'opposto si esibisca un albero genealogico, come un documento antico, ma di fonte privata, la posizione sarà assolutamente mutata. Esso non potrebbe infatti valere come *scrittura privata;* poichè immaginando anche la ipotesi più favorevole, che quel documento fosse stato compilato e sottoscritto da un *autore* delle parti, ciò non basterebbe ancora a renderlo opponibile, come scrittura privata, fra le parti stesse, nella qualità di

---

(1) La valutabilità degli alberi genealogici, per la constatazione dei rapporti di parentela, è ammessa anche dalla nostra giurisprudenza. Confr. Corte d'appello di Roma, 2 febbraio 1887 (*Fôro Ital.*, XII, *Rep.* v° *Parentela e affinità*); Tribunale di Bologna, 12 luglio 1887 (id.).

(2) Confr. Corte d'appello di Roma, 19 aprile 1887 (*Monitore dei tribunali*, 1887, p. 980).

aventi causa da lui (cf. art. 1320-1322); per la ragione che non si tratterebbe qui di dimostrare la costituzione di un rapporto giuridico, dipendente dalla volontà di quel loro autore, ma invece di attestare, per bocca sua, la verità e la esistenza di uno stato di fatto, produttivo di effetti giuridici in forza della legge.

Manifesto è non meno che un simile documento non potrebbe valere neppure a titolo di testimonianza legale, mancando i caratteri formali ma necessari di questa prova, che sono la dichiarazione personale davanti il giudice e il vincolo del giuramento. Così un documento di questa natura non potrebbe avere altra forza che quella inerente alle *presunzioni;* presunzioni, s'intende, non di legge, ma *hominis*, il grado probatorio delle quali rimane quindi pur esso abbandonato al criterio dei magistrati (articolo 1354, cod. civ.), i quali potranno tenerne conto, in concorso di altre circostanze, avendo riguardo altresì alla materiale attendibilità dei documenti stessi.

CAPO II.

Dell'affinità.

Sommario. — 12. Nozione dell'affinità: suoi effetti civili. — 13. Se sia ammissibile una affinità *naturale*, o per concubinato o per matrimonio annullato. — 14. A quali persone si estenda il vincolo della affinità. — 15. Computo delle linee e dei gradi di affinità. — 16. Cessazione o meno del vincolo di affinità.

12. Già si è veduto come l'affinità sia un vincolo civile e naturale, d'indole riflessa, derivante dal matrimonio, *tra ciascuno dei coniugi e i parenti dell'altro;* mentre non può qualificarsi come affinità il vincolo che sussiste fra i coniugi stessi (1).

Anche in questo, fu savio accorgimento del nostro le-

(1) Sopra, n. 3 in fine.

gislatore il non omettere una definizione legale del vincolo di affinità. Riparando alla lacuna del codice Francese, e seguendo il concetto già posto dal diritto romano (1), il codice nostro, all'art. 52, dichiara essere l'affinità *il vincolo fra un coniuge e i parenti dell'altro coniuge.* — Così nessun dubbio, per noi, che il rapporto di affinità è una comunicazione dei vincoli di parentela d'un coniuge all'altro: epperò presupposto e fondamento della affinità è la esistenza di un *matrimonio* civilmente valido fra le persone da cui il vincolo di affinità trae la sua derivazione. Se ciò nonostante sia ammissibile una affinità *naturale*, prodotta cioè da una relazione che non abbia il carattere giuridico del matrimonio, vedremo tra breve.

A quella nozione generica deve ora seguire lo studio degli effetti civili che dipendono dal rapporto di affinità, degli elementi necessari a costituirlo, e della estensione che esso può ricevere.

Quegli effetti sono determinati dall'indole stessa del rapporto di affinità, che deriva bensì dal matrimonio e dalla parentela, ma soltanto come un riverbero di questa. Sono dunque effetti somiglianti a quelli della parentela, ma necessariamente più ristretti.

La prima e più notevole differenza sta in ciò, che l'affinità non conferisce diritto alcuno di *successione*. È questa una massima certa e fondamentale nell'antico come nell'odierno diritto; la quale se non è formulata espressamente in alcuna disposizione del codice, risulta però ad evidenza da tutto il sistema della legge stessa. È infatti principio cardinale del diritto successorio che non vi sono eredi legittimi fuori di quelli chiamati espressamente dalla legge. Ora in tutta la serie delle disposizioni del codice, che sta-

(1) L. 4, § 3, 8, D. *De grad. et affin.* (XXXVIII, 10): "*Adfines* sunt viri et uxoris cognati: dicti ab eo quod duae cognationes, quae diversae sunt, per nuptias copulantur, et altera ad alterius cognationis finem accedit; namque conjungendae adfinitatis *causa fit ex nuptiis.* Neque adfinitatem esse posse, *nisi nuptiae non interdictae sint,* ex quibus adfinitas conjungitur„

biliscono gli ordini delle persone chiamate a succedere *ab intestato* (art. 736-758), non si trova cenno alcuno degli affini; ed anzi l'art. 721, che pone i criteri generali del sistema, dichiarando che " La legge devolve la successione " ai *discendenti* legittimi, agli *ascendenti*, ai *collaterali*, ai " *figli naturali* ed al *coniuge*... ed in loro mancanza *al patrimonio dello Stato* " — dimostra, implicitamente bensì, ma in modo indubitabile, la esclusione degli affini. Così è anche questa una delle applicazioni in cui il diritto nostro non mantiene la *correlazione* fra il diritto di successione e l'obbligo degli alimenti (il quale, come diremo, è ammesso anche tra affini), dimostrando inefficace, in questo senso, la massima antica *ubi onus alimentorum ibi successionis emolumentum*. Del resto la esclusione degli affini dal diritto di successione è, come accennavasi, tradizionale. Nel diritto romano giustinianeo, e segnatamente per le Novelle 53 e 117, sono note le quattro classi di eredi *ab intestato*, costituite dai discendenti, dagli ascendenti e fratelli germani, dai fratelli unilaterali, dagli altri collaterali: per le quali tutte era il vincolo della *cognatio* che determinava la vocazione ereditaria. E in mancanza di parenti, era concessa al coniuge la *bonorum possessio unde vir et uxor*, oltrechè alla vedova povera spettava la *quarta uxoria;* ma senza che ciò potesse spiegarsi come conseguenza di un rapporto di *affinità* tra i coniugi stessi; idea questa che già accennammo essere esclusa dal diritto romano (1). E mancando i parenti e il coniuge, l'eredità era deferita a certe corporazioni, oppure al fisco (2). — Come nel diritto romano, anche nel diritto consuetudinario francese si mantenne la massima che non si fa luogo a successione tra affini: *l'alliance n'hérite pas* (3). — Epperò, sotto qualunque aspetto, il principio ora accennato non può trovare contrasto nel diritto nostro.

---

(1) Sopra, n. 3 in fine.
(2) Confr. Serafini, *Istituz. di dir. rom.*, II, § 194.
(3) Confr. Aubry e Rau, I, § 68, nª 1; Demolombe, XIII, 343.

Nonostante e a parte ciò, resta vero che il vincolo della affinità può produrre effetti civili analoghi a quelli della parentela; e principalmente questi:

1. Il diritto e l'obbligo reciproco degli alimenti (articolo 140, cod. civ.);

2. I diritti ed obblighi relativi alla tutela (art. 253, 274);

3. Quelli relativi all'interdizione e all'inabilitazione (art. 326, 339);

4. I divieti o impedimenti al matrimonio (art. 58, 59), e la facoltà di impugnarlo coll'azione di nullità (art. 111, 112, cf. 253);

5. Infine talune esclusioni od incompatibilità nell'esercizio di pubblici uffici, analoghe a quelle accennate come derivanti dal vincolo di parentela (1).

13. Considerata in se stessa e nei suoi effetti, l'affinità — come rapporto civile connesso ad un fatto che deve a sua volta essere legalmente valido, per produrre questo effetto — esige innanzi tutto e suppone l'esistenza di un *matrimonio civilmente efficace*. Tale è infatti (come dianzi fu osservato) il concetto che emerge chiaramente dalla nozione dell'affinità, secondo l'art. 52 del codice nostro.

Nondimeno è tuttora disputato vivamente se sia da riconoscersi come produttiva di effetti civili anche l'affinità detta *naturale*. Premettiamo, a scanso di malintesi, che questa parola viene spesso usata in due sensi. Si chiama affinità naturale quella che si fonda pur essa sopra un matrimonio legittimo, ma che lega un coniuge coi *parenti naturali* dell'altro coniuge. E si chiama, in senso più speciale, affinità naturale quella che deriverebbe da una relazione sessuale non munita del carattere di matrimonio (concubinato, matrimonio nullo) rispetto ai parenti anche legittimi di quelle due persone. Nel primo senso, nessuno può dubitare nè dubita che esista un vincolo civile di affinità;

(1) Sopra, n. 4 in pr.

poichè anch'essa rientra nei termini del citato art. 52, e trovasi confermata (come vedremo) dalle disposizioni di legge che considerano l'affinità quale impedimento al matrimonio. Nel secondo senso invece le opinioni sono profondamente divise.

Devesi avvertire altresì che la questione presente viene di solito esaminata (specialmente dagli scrittori francesi) sotto l'aspetto di una delle cause portanti o meno impedimento al matrimonio. È manifesto però che, sia per ragione di metodo, sia per la più esatta cognizione dell'argomento, dobbiamo ora ricercare soltanto se esista o no un vero stato legale di affinità naturale, per gli effetti in genere che essa possa produrre. L'applicazione speciale che concerne l'impedimento al matrimonio costituisce una questione ulteriore e distinta; in quanto che, pure ritenendo che non sia riconosciuto dalla legge uno stato civile di affinità naturale (1), sarebbe perfettamente concepibile che essa, come semplice rapporto di fatto, costituisse impedimento al matrimonio; giacchè in tema di matrimonio (come fu già accennato) possono esservi sufficienti ragioni di moralità e d'ordine pubblico, per ammettere come impedimento a contrarlo un fatto non suscettivo di effetti giuridici comuni.

Ciò premesso, giova rispondere distintamente al quesito che si presenta: 1) per l'affinità che nascerebbe dal concubinato; 2) per quella che nascerebbe da un matrimonio annullato.

Rispetto alla prima, la disputa, già viva in Francia, non ha più ragion d'essere di fronte al codice Italiano. E in effetto quegli scrittori i quali ravvisavano nel commercio libero fra due persone una causa di affinità naturale (efficace almeno per l'impedimento al matrimonio fra una di quelle persone e i parenti dell'altra) argomentavano sopratutto da ciò, che il codice Francese non contenendo alcuna

---

(1) Qualora dovesse ammettersi, secondo la legge, non vi sarebbe contraddizione alcuna a parlare di uno stato *civile* di affinità *naturale;* come già fu rimarcato in riguardo alla parentela naturale (sopra, n. 5).

definizione dell'affinità, non la subordinava dunque alla condizione di un matrimonio legale. In conseguenza, fra il diritto romano che non ammetteva, e il diritto canonico che ammetteva invece una affinità naturale come effetto del concubinato (se notorio), dicevano che doveva ritenersi seguìto quest'ultimo, come legislazione più recente e progredita. Oltre a ciò, invocavano, naturalmente, i riguardi dovuti alla moralità pubblica (1). Altri però opponevano che le considerazioni di moralità, per quanto forti, dovevano indirizzarsi al legislatore, e non farsi valere dall'interprete per modificare la legge; che infatti, considerandosi specialmente questa affinità naturale come impedimento al matrimonio, si urtava direttamente il principio che impedimenti o incapacità legali non possono riconoscersi se non siano espressamente dichiarate; senza che potesse invocarsi l'autorità del diritto canonico, rimasto abrogato, come tutto il diritto anteriore, colla promulgazione del codice (2). Ora, con questi precedenti, il codice nostro toglie di mezzo la base precipua della controversia, colla definizione dell'affinità che l'art. 52 trae precisamente dal diritto romano (3), e che dimostra perentoriamente essere dunque riconosciuta una sola affinità, quella che deriva dal matrimonio. Impossibile dunque è per noi il risollevare la questione su questo primo punto. E se abbiamo voluto riassumerne i termini, di fronte al codice Francese, è soltanto perchè risulti più chiaramente che il metodo e il linguaggio usato dal nostro legislatore fu certamente tenuto in cognizione di cose.

Ma ben più grave è il secondo aspetto della questione, circa la sussistenza o meno di una affinità naturale per effetto di un matrimonio che poi sia stato annullato. E qui anzi il quesito si complica, perchè secondo un'opinione che

---

(1) MARCADÈ, t. I, art. 161, n° 3; AUBRY e RAU, V, § 461, n^{a} 13.

(2) MERLIN, *Rép.* v° *Empêch. au mariage*, § 4, art. 3, n° 3; DURANTON, II, 157-158; DEMOLOMBE, III, 112; LAURENT, II, 351.

(3) Sopra, n. 12 in pr.

non manca per lo meno di un serio fondamento, dai matrimoni annullati potrebbe derivare una vera affinità *civile*, oltrechè naturale.

La ragione di dubitare dipende tutta dal principio che la dichiarazione giudiziale di nullità di un matrimonio ha necessariamente per effetto di colpirlo *ab initio*, facendolo considerare come non mai avvenuto; mentre d'altro canto, nel caso speciale che il matrimonio stesso sia stato contratto in buona fede, la legge dichiara salvi, malgrado l'annullamento, *gli effetti civili* di esso (art. 116). Ciò stante, tre opinioni diverse si sono pronunciate. La prima sostiene che *in ogni caso* il matrimonio annullato lasci sussistere l'affinità; per la considerazione che l'annullamento del matrimonio (siavi stato buona fede o no nel contrarlo) può agire giuridicamente, ma non distruggere il *fatto* della convivenza coniugale, fatto che dalla stessa celebrazione del matrimonio riceve la sua prova legale, diretta e solenne; mentre è appunto dalla intimità dei rapporti indotti da quella convivenza, che trae ragione il vincolo della affinità fra ciascuna di quelle due persone ed i congiunti dell'altra (1). Per quanto abilmente presentata, però, questa prima soluzione rientra in sostanza nel concetto che a costituire l'affinità basti il commercio sessuale fra due persone; indipendentemente dal vincolo civile del matrimonio che quella riunione abbia legalizzato. Le stesse considerazioni dianzi esposte, circa l'affinità per concubinato, valgono dunque anche qui. Coll'annullamento del matrimonio sparisce (di regola almeno) la qualità di *coniugi;* quella precisamente a cui l'articolo 52 del nostro codice annette la conseguenza della affinità.

Una seconda opinione ammette, in massima, che l'annullamento del matrimonio distrugga la base stessa della affinità; ma distinguendo, a mente dell'art. 201 del codice Francese, fra matrimoni contratti in buona fede o meno,

---

(1) Aubry e Rau, V, § 461, n^a 12.

afferma che il matrimonio così detto *putativo* producendo (com'è detto anche nell'art. 116 del codice nostro) *gli effetti civili*, deve produrre e conservare necessariamente anche quello della affinità, che è appunto uno degli effetti civili del matrimonio (1). E in questa dottrina, come fu avvertito, viene anzi mutata la qualifica della affinità in questione; poichè non tratterebbesi d'una affinità naturale (come sarebbe secondo la opinione di Aubry et Rau), ma di una vera affinità civile, determinata dalla massima speciale dell'art. 201 cod. Franc., 116 cod. Italiano.

Infine una terza soluzione, più recisa, esclude il rapporto della affinità dal novero degli *effetti civili*, che si mantengono al matrimonio putativo; principalmente per la considerazione che questi possono anche sussistere per l'uno soltanto dei coniugi e non per l'altro, il che sarebbe assurdo applicato all'affinità; e riesce quindi a negare, in qualsiasi caso, al matrimonio annullato la forza di ingenerare l'affinità (2).

Dovendo ora pronunciarci, da parte nostra, rammentiamo innanzi tutto che la questione non vuol essere considerata soltanto (come suol farsi) dal punto di vista dell'impedimento ad ulteriori matrimoni, ma per tutti gli effetti civili in genere che derivano dall'affinità, fra i quali notevolissimo è l'obbligo degli alimenti tra affini (art. 140, codice civile).

Questa semplice considerazione basta intanto a stabilire che può attribuirsi un valore assai limitato all'argomento tratto dalla immoralità cui si andrebbe incontro, escludendo

---

(1) Merlin, loc. cit.; Duranton, II, 159; Demolombe, III, 112 in f. e 347; v. anche la 1ª Edizione di questo Corso, II, 9.

(2) Laurent, II, 353; Astengo ed altri, *Cod. civ. confrontato, ecc.*, t. I, p. 379; Borsari, *Comm. cod. civ.*, t. I, § 194; Ricci, *Dir. civ.*, I, 69; Pacifici-Mazzoni, *Istituz.* (3ª Edizione), II, 52, p. 72. Fra questi, il Borsari, (loc. cit.) trova facile la soluzione, osservando che il desumere "la esistenza del vincolo di affinità *dalla opinione* del coniuge sulla validità del proprio matrimonio non ha nulla di scientifico *nè di ragionevole*".

Quasi che tutti gli effetti del matrimonio putativo non derivassero dall'opinione dei coniugi, ma dalla legge in considerazione di quella opinione!

che nasca affinità da un matrimonio annullato, ma contratto in buona fede. Tale argomento infatti riguarda piuttosto l'applicazione speciale che concerne l'impedimento o meno ad ulteriori matrimoni, che non gli effetti complessivi della affinità, e in particolare l'obbligo degli alimenti. D'altro lato non può essere negato che, anche in riguardo al primo effetto, la sconcezza di permettere (ad esempio) il matrimonio fra l'uomo che ha vissuto pubblicamente come marito di una donna, e la figlia o la madre di essa, non si evita nemmeno ritenendo che il precedente matrimonio putativo formi ostacolo alla conclusione del secondo. Non si evita, per la ragione che il matrimonio putativo, secondo l'art. 116, può produrre gli effetti civili anche solo per uno dei coniugi (se uno soltanto sia stato in buona fede nel contrarlo); e in tal caso, il coniuge di mala fede, non avendo per sè gli effetti civili del matrimonio annullato, non avrebbe nemmeno quell'impedimento a successivi matrimoni, che invece starebbe pel coniuge di buona fede. Rimarrebbe dunque in ogni modo la possibilità di un risultato repugnante al senso morale, colla sola aggiunta di una anomalia; della quale precisamente si fanno forti i seguaci della opinione estrema, assolutamente negativa o assolutamente affermativa, per dimostrare l'impossibilità di risolvere il dubbio col criterio fornito dall'art. 116 riguardo al matrimonio putativo.

Nonostante, è veramente in questo che risiede, secondo noi, la base della questione. A parte pure ogni considerazione di moralità, siamo in presenza di un testo di legge il quale porta che il matrimonio annullato, ma contratto in buona fede, *produce gli effetti civili*, riguardo ad amendue i coniugi o all'uno di essi, e riguardo ai figli (cit. art. 116). Ora l'affinità deve o no annoverarsi tra *gli effetti civili* del matrimonio? Ecco il punto vero e semplice della domanda. Qualunque sia la incoerenza cui può andarsi incontro, qual mezzo vi è, *in linea di interpretazione della legge*, per escludere l'affinità dal novero degli effetti civili del matrimonio?

E se il tenore testuale dell'art. 116 non permette di disapplicarlo in rapporto alla affinità, perchè non si potrà dire che, almeno nel caso del matrimonio putativo, si avrà anche l'effetto di impedire ulteriori matrimoni contrari alla moralità pubblica, il che varrà, non ad evitare del tutto, ma intanto a restringere lo scandalo? (1).

Se ricorriamo prima all'elemento letterale, nella interpretazione dell'art. 116, ben difficilmente troveremmo il modo di porre alla dizione generica " *effetti civili del matrimonio* „ una riserva od eccezione per ciò che riguarda il rapporto della affinità. Ed anzi la spiegazione che ne dànno alcuni fra i propugnatori di questa eccezione — dicendo che devono intendersi qui gli effetti che stanno nei rapporti dei coniugi e dei figli, *tra di loro* (2) — riesce veramente contraria alla lettera dell'art. 116, il quale parla di effetti civili *riguardo* ai coniugi, e non *fra* i coniugi; riferendosi così a tutti gli effetti del matrimonio, che in qualunque modo concernano lo stato personale dei coniugi, i loro diritti e i loro doveri (necessariamente correlativi e inseparabili), e non a quelli limitatamente che si svolgono nei rapporti fra coniuge e coniuge, fra coniugi e figli. Tanto è ciò vero, che da tutti si riconosce e si ammette potersi le conseguenze del matrimonio putativo spiegare non solo in riguardo ai coniugi e ai figli, ma altresì *nei rapporti coi terzi* (3). Dunque il testo dell'art. 116, per sè considerato, non si presta ad escludere l'affinità dal complesso degli effetti civili del matrimonio putativo.

Resta a vedere se questa esclusione non sia giustificata dalla interpretazione logica, anzichè letterale, dell'art. 116. E qui si è creduta decisiva la riflessione, che potendo verificarsi gli effetti del matrimonio putativo riguardo ad uno

---

(1) Confr. Demolombe, loc. cit.
(2) Astengo ed altri, Ricci, Pacifici-Mazzoni (ll. cc.).
(3) Confr. Aubry e Rau, V, § 460; Demolombe, III, 379; Pacifici-Mazzoni, *Istituz.* (1ª Edizione), V, 340; Borsari, *Comm. cod. civ.*, I, § 313; v. anche la 1ª Edizione di questo Corso, II, 101.

solo dei coniugi (per la ragione della buona fede) si verrebbe all'assurdo di *scindere* la qualità di affine; in questo senso, che l'affinità cesserebbe di essere, com'è di sua natura, un vincolo reciproco fra ciascuno dei due coniugi e i parenti dell'altro, per diventare un rapporto unilaterale tra la moglie (ad esempio) e i parenti del marito, senza il correlativo suo tra il marito e i parenti della moglie (1). L'osservazione è vera, in linea di fatto, ma inconcludente all'effetto di disapplicare qui la regola dell'art. 116. È infatti nella indole stessa del matrimonio putativo (istituto appoggiato ad una finzione) di condurre a qualche incongruenza; poichè la legge ammette questa figura singolare di un matrimonio, che essendo dichiarato nullo si considera tuttavia come se fosse stato valido per il passato (2) rispetto all'uno dei coniugi, e non rispetto all'altro. Ciò stante la *reciprocità*, che sarebbe poi carattere comune a tutti quanti i rapporti coniugali, resterà offesa naturalmente per l'effetto speciale della affinità, ma non più di quanto lo sarà per le altre conseguenze giuridiche del matrimonio, le quali pure rimarranno pel solo coniuge di buona fede e non per l'altro. Inutile dunque obbiettare una difficoltà od una singolarità, che è derivazione necessaria del sistema stesso della legge.

Una sola e vera difficoltà, in definitivo, si può opporre a comprendere il vincolo della affinità tra gli effetti civili che si conservano al matrimonio putativo. Essendo questo un beneficio di legge, un istituto di favore, gli interessati sono liberi di invocare o non invocare la protezione dell'articolo 116. Ora, il vincolo della affinità può dipendere *dalla volontà* degli individui fra cui sussisterebbe? — L'obbiezione parve perentoria al Pacifici-Mazzoni (3). Però neppur essa sembra insormontabile. Sebbene, a rigore, l'art. 116 di-

---

(1) Laurent, Astengo, Ricci, Pacifici (ll. cc.).

(2) L'affinità appartiene evidentemente alla categoria degli effetti *già verificati* anteriormente alla dichiarazione di nullità del matrimonio; che sono appunto quelli che si mantengono.

(3) *Istituz.* (3ª Edizione), 52, pag. 73.

chiari che il matrimonio putativo *produce* gli effetti civili, e non che questi *possano essere invocati*, pure è da ammettersi , per l'indole medesima e lo scopo di questa disposizione, che dipenda dalla volontà degli interessati l'invocare, o no, gli effetti civili del matrimonio dichiarato nullo, ma contratto in buona fede.

Tutto questo però dimostra una cosa sola, che cioè in qualche ipotesi resterà esclusa la *possibilità di fatto* della nostra questione. Certamente, se dalle persone che ne hanno diritto non venga invocato il beneficio dell'art. 116, mancherà la base stessa della questione. Ma non è questa l'ipotesi da prendere in considerazione. Se, all'opposto, quel beneficio venga invocato, se quindi siano da applicarsi gli effetti del *matrimonio putativo*, come e perchè potrà separarsi da essi quello che concerne il vincolo dell'affinità? Si dice che in tal guisa codesto vincolo verrebbe a dipendere dall'arbitrio della persona. Neppur ciò è esatto. L'azione della volontà degli interessati non è che indiretta in questo rapporto. Essa opera soltanto relativamente al potersi invocare, o no, il matrimonio putativo; ma posto che sia invocato, non dipende certamente dalla volontà della persona il far verificare i singoli effetti, che derivano da quello stato in forza di legge. — Si aggiunge che l'affinità è piuttosto un onere che un vantaggio, e non può dunque essere imposto alla parte che invoca il matrimonio putativo, come beneficio di legge (1). Ma qui pure si cade in equivoco. Già deve osservarsi che l'affinità, come ogni rapporto di stato personale, produce un insieme di effetti, alcuni onerosi (come l'impedimento al matrimonio), altri favorevoli (come il diritto eventuale agli alimenti). Ma in ogni modo, non è egli chiaro che qualora venga invocato e fatto valere uno stato qualunque, i diversi effetti suoi costituiscono un complesso inscindibile? e che quindi non è lecito alla parte di rivestirlo per gli utili, e respingerlo per gli oneri?

---

(1) Astengo ed altri, Pacifici (ll. cc.).

Riassumendo, e tutto valutato, persistiamo dunque nella convinzione che il quesito proposto si risolve col testo medesimo degli art. 116 e 52 combinati fra loro. Dato che esista il matrimonio *putativo*, esso conserva, non ostante l'annullamento, gli effetti di un matrimonio valido quanto al passato, e tra essi anche il vincolo della affinità che è una conseguenza immancabile dello stato coniugale, nei rapporti tra l'uno dei coniugi e i parenti dell'altro.

14. L'affinità esiste *tra l'uno dei coniugi e tutti i parenti dell'altro coniuge:* ma non può verificarsi che tra queste persone, sebbene dal matrimonio nascano altri rapporti più stretti e più importanti nei loro effetti che quelli dell'affinità; e sebbene possano sorgerne anche altre relazioni non immeritevoli di qualche riguardo, le quali però non sono di vera affinità e quindi non ne producono gli effetti civili.

Così fu già avvertito non potersi con esattezza di linguaggio legale dar nome di *affinità* ai rapporti che passano dipendentemente dal matrimonio tra l'uno e l'altro dei coniugi: questi rapporti essere d'indole ben diversa, e più intimi, costituendo quasi una persona sola delle due che in quel vincolo si congiungono (1).

D'altra parte poi il matrimonio può essere occasione di speciali relazioni, sia dell'uno dei coniugi con altre persone, sia di queste fra loro; le quali relazioni per altro, qualunque sia l'importanza che loro sia attribuita dagli usi sociali o dalle abitudini delle famiglie, non possono dirsi veramente di affinità, perchè non intercedono tra l'uno dei coniugi ed i parenti dell'altro, al qual caso soltanto la legge limita la costituzione e gli effetti civili di tale vincolo.

Così una relazione più o meno intima passa o può passare *tra i parenti dell'uno dei coniugi ed i parenti dell'altro;* senza che per questo siano essi affini tra loro. Il fratello

---

(1) V. sopra n. 3 in f.

d'uno dei coniugi non è, per esempio, affine della sorella dell'altro coniuge, nè il padre dell'uno è affine della madre dell'altro “ *affines inter se non sunt affines* „.

Molto meno potrebbesi considerare come esistente il vincolo legale di affinità tra gli affini d'un coniuge e quelli dell'altro, come per esempio tra le persone legate in matrimonio con due fratelli o due sorelle od un fratello e una sorella. Meno ancora potrebbesi considerarlo come esistente tra gli affini d'una persona e quella a cui essa si unisse in seconde nozze, o quelle colle quali contraesse nuova affinità per questo ulteriore matrimonio. Così il fratello della prima moglie non diviene affine colla donna che il cognato sposi in seconde nozze, e molto meno coi parenti di lei “ *affinitas non parit affinitatem* „ (1).

Non sono pertanto ammesse quelle *affinità di secondo e di terzo genere*, che i canonisti, prima del terzo Concilio Lateranense, distinguevano dall'*affinità propriamente detta*, e che, in sostanza, piuttosto che vere affinità, erano considerate come impedimenti al matrimonio, per ragioni di onestà o convenienza. Tutto si riduce dunque alla regola fondamentale scritta nell'art. 52 e dimostrata sopra: cioè che l'affinità propriamente detta, l'affinità legale, si limita unicamente al *vincolo tra l'uno dei coniugi ed i parenti dell'altro.*

15. L'affinità non può veramente di per se stessa avere linee nè gradi proprii; imperciocchè quando si parla di *linee* e di *gradi* si suppone necessariamente il vincolo di sangue, nascente dalla generazione, fra le persone che discendono da un medesimo stipite (2); ciò che non può verificarsi nell'affinità, la quale è un rapporto fra persone che non discendono le une dalle altre nè da uno stipite comune. Tuttavia il fondamento stesso di questo rapporto

---

(1) Confr. Aubry e Rau, I, § 67; Demolombe, III, 114; Pacifici-Mazzoni, *Istituz.* (3ª Edizione), II, 52.
(2) Sopra, n. 3, 8.

civile dell'affinità ci rende facilmente ragione del come si possano concepire ed in qual modo debbansi determinare anche in essa le distinzioni delle linee e la computazione dei gradi. Infatti, non essendo altro l'affinità fuorchè quasi il riflesso sovra uno dei coniugi del vincolo di parentela che lega l'altro a certe persone, non essendo che la comunicazione di quel vincolo dall'uno dei coniugi all'altro per la comunanza ed intimità di vita che passa tra loro, è chiaro come in questa trasmissione dovrà bensì riscontrarsi, considerandola in senso generale ed assoluto, una notevole differenza di carattere giuridico e d'intensità nel rapporto che viene così esteso dall'uno all'altro coniuge, ma relativamente non potranno che seguirsi quelle stesse modalità e proporzioni che sono proprie del vincolo comunicato. L'affinità, in altri termini, sarà sempre per sè una relazione meno stretta, meno importante ne' suoi effetti, che l'altra di parentela; ma quel vincolo dovrà seguire necessariamente le norme della più intima analogia con questo, e tanto più una persona avrà a considerarsi come prossimo affine d'un coniuge quanto più sia prossimo parente dell'altro coniuge.

Da ciò è derivata una regola di ragione, adottata generalmente, e scritta anche nel § 2 del nostro articolo 52; che cioè “ nella linea e nel grado in cui taluno è parente con “ un coniuge è affine dell'altro coniuge „. Così nell'affinità, del pari che nella parentela, distinguesi la linea retta dalla collaterale, e nella prima suddistinguesi la linea discendente dall'ascendente (v. art. 58 e 59 cod. civ.); e nella stessa maniera che per la parentela si computano pure i gradi dell'affinità. Lo suocero, per esempio, è affine al genero od alla nuora in linea retta ascendente, e questi lo sono a quello in linea discendente. Così pure in linea retta è affine il coniuge in seconde nozze al figlio nato all'altro coniuge da un precedente matrimonio. In linea collaterale è affine l'uno dei coniugi coi fratelli o sorelle dell'altro e coi loro discendenti, ecc. Lo *suocero* sarà affine del *genero*

o della *nuora* in primo grado; lo sarà parimente il *patrigno* o la *matrigna* col *figliastro* o colla *figliastra;* i cognati saranno in secondo grado, i figli dei fratelli d'uno dei coniugi saranno rispetto all'altro coniuge in terzo grado, ecc.

16. Cessa l'affinità collo sciogliersi, per la morte di uno dei coniugi, il matrimonio da cui derivava? Se un primo pensiero in senso affermativo potrebbe sorgere dal considerare che causa dell'affinità essendo appunto unicamente il matrimonio, al cessare di tale causa dovesse quindi contemporaneamente cessarne l'effetto, una semplice riflessione persuade però ben facilmente del contrario; la riflessione cioè che gli effetti debbono cessare naturalmente insieme a quelle cause delle quali sarebbe necessaria la continuazione per mantenerli vivi, ma quando un determinato fatto giuridico sia stato bastante a produrre completo in tutti i suoi effetti legali un dato rapporto, questo non può più essere distrutto pel cessare di quella causa da cui provenne bensì l'originaria sua creazione, ma a cui non è legata la continuazione della sua esistenza. E così precisamente avviene nel caso nostro: nel quale il matrimonio ha fatto sorgere, tra l'uno dei coniugi ed i parenti dell'altro, dei rapporti personali, che non è più possibile di cancellare, quand'anche la causa che li originava venga ad estinguersi.

D'altra parte è tanto lungi dal potersi ammettere che per la morte di uno dei coniugi si estingua tra i parenti di lui e l'altro coniuge superstite il vincolo dell'affinità, che anzi qualcuno tra i più importanti effetti di questa diviene attuabile precisamente e solamente dal giorno di quella morte. Ciò avviene dell'affinità considerata come causa di impedimento al matrimonio (art. 58 e 59, n. 2, cod. civ.).

Nè, posta la questione in modo così generale ed assoluto, vi è stata infatti mai veruna incertezza di dottrina o di giurisprudenza nell'ammettere la massima che lo scioglimento del matrimonio per la morte del coniuge da cui

l'affinità derivava non basta a sciogliere il vincolo dell'affinità stessa.

Ben però vi è stata questione, variamente risolta, intorno al decidere se la morte del coniuge da cui l'affinità derivava debba farla cessare, *allorchè concorra la circostanza che non siano superstiti figli* nati da quel matrimonio, o l'altra che *il coniuge superstite passi a seconde nozze* (1). Ed è appunto questa disputa che si volle troncare colla disposizione del § 3 del nostro art. 52, che, in conformità della massima stabilita da una giurisprudenza divenuta già quasi costante, ha dichiarato: " L'affinità non cessa per la morte, " *anche senza prole*, del coniuge dal quale deriva, salvochè " per alcuni effetti nei casi specialmente determinati dalla " legge ".

È prevista così l'ipotesi che dal matrimonio rimasto sciolto non sopravviva prole; non è prevista espressamente l'altra che il coniuge superstite passi a seconde nozze. Tuttavia non sarebbe possibile ammettere per quest'ultimo caso una massima diversa da quella che il legislatore pronunciò per l'altro. La condizione delle cose ed i motivi di decidere non variano; e sta ugualmente in amendue i casi che il fatto sopraggiunto non può cancellare quei rapporti personali che il precedente matrimonio aveva stabiliti. D'altronde, in una legislazione che ebbe cura di definire l'affinità, determinare come essa si formi, e dichiarare che *non cessa per la morte del coniuge dal quale deriva*, sarebbe un arbitrio troppo manifesto il ritenerla estinta per quella morte, quando anche vi si aggiungesse il fatto del passaggio del coniuge superstite a nuove nozze.

Quantunque l'affinità non si estingua mai per la morte del coniuge dal quale deriva, possono però eccezionalmente ed in casi espressamente determinati dalla legge cessarne *alcuni effetti*, come avvertono le ultime parole

---

(1) Confr. Aubry e Rau, I, § 67, n[a] 10; Demolombe, III, 117; Laurent, II, 352.

dell'art. 52. Della quale limitazione vediamo fatta applicazione in ciò che riguarda l'obbligo degli alimenti tra suocero, suocera, genero e nuora; obbligo che viene a mancare quando *la suocera o la nuora sia passata a seconde nozze*, e quando *il coniuge da cui derivava l'affinità, ed i figli nati dalla sua unione coll'altro coniuge ed i loro discendenti siano morti* (art. 140, cod. civ.). Dicendo il nostro articolo che l'affinità *non cessa* per la morte del coniuge dal quale deriva, suppone che *al tempo di quella morte l'affinità già esistesse.* Ed è veramente così; che le persone *non concepite almeno al tempo in cui l'uno dei coniugi morisse*, non potrebbero mai considerarsi come affini del coniuge superstite. Infatti il vincolo dell'affinità non può essere sorto prima del concepimento della persona a cui si riferirebbe, nè può sorgere a quel tempo se allora non sussiste più il matrimonio da cui dovrebbe derivare (1).

---

(1) V. Demolombe, t. III, n. 114.

TITOLO V.

DEL MATRIMONIO

NOZIONI GENERALI

SOMMARIO. — 17. Definizione del matrimonio. — Sua indole e sua importanza. — 18. Matrimonio civile e matrimonio religioso. — 19. Celebrazione religiosa del matrimonio, scompagnata dalla celebrazione civile. — 20. Precedenti legislativi sull'istituto del matrimonio. — 21. Matrimonio e convenzioni matrimoniali. — 22. Partizione della materia.

17. Il codice nostro, mentre ha provveduto a definire il vincolo della parentela e quello della affinità (1), si è astenuto invece dal presentare una definizione del matrimonio. Diversità di contegno facilmente giustificabile, ove si rifletta che trattandosi qui di un istituto la cui nozione è in sè stessa abbastanza radicata nel sentimento comune, poteva e doveva lasciarsi alla dottrina il còmpito, del resto non facile, di porne la formula precisa.

Nella sua nozione più semplice, il matrimonio (da *matris munia?*) è *la unione intima e perfetta fra uomo e donna*. In ciò tutti sono d'accordo: ma dove dissentono giuristi e filosofi è nel determinare i veri caratteri essenziali dell'istituto. Sono tuttora di grande ammaestramento le scultorie espressioni del diritto romano: “ Matrimonium est viri et “ mulieris conjunctio, individuam vitae consuetudinem “ continens. — Nuptiae sunt conjunctio maris et foeminae,

(1) Sopra, n. 1 e 3, p. 6-7.

" consortium omnis vitae, divini et humani juris comuni-
" catio „ (1). — Ma ciò nonostante le definizioni furono varie, come diversi i fini che si è creduto di assegnare al matrimonio. Chi infatti pose rudemente il fine essenziale del matrimonio nell'appagamento (e insieme nella moralizzazione) dell'*istinto sessuale:* chi, sollevandone il concetto, credette di assegnargli l'altro della *conservazione della specie:* chi, considerando che la procreazione non è effetto costante del matrimonio, e d'altro lato non dipende dalla volontà dei coniugi, ne trovò lo scopo precipuo nella *mutua assistenza* tra i coniugi stessi: chi infine, osservando che l'aiuto reciproco fra due persone non può riguardarsi come carattere esclusivo della società coniugale, e non richiederebbe neppure la differenza di sesso, pensò che la caratteristica vera del matrimonio sia da riporre nel *completamento delle due personalità* dell'uomo e della donna, le quali, diverse per attitudini fisiche e morali, vengono ad integrarsi nella loro comunicazione reciproca, giusta l'antica imagine della Genesi *...et erunt duo in carne una.*

Forse ciascuno di quei concetti ha la sua parte di vero. Ed è perciò che nella prima edizione di quest'opera abbiamo aderito alla definizione accolta dai più, secondo cui il matrimonio sarebbe *la società perpetua fra due persone di sesso diverso, pei fini della procreazione e di una comunanza indivisibile di vita* (2). Così il fatto della generazione, senza poter essere riguardato come scopo esclusivo od essenziale del matrimonio, apparirebbe però come suo fine naturale, di fianco all'altro della intimità perfetta di esistenza fra coniugi.

Però ritornando su questo punto (di troppo alta importanza, anche per le applicazioni del diritto positivo) cre-

---

(1) *Instit. de patr. pot.*, I, 9, § 1; L. 1, D. *de ritu nupt.*, XXIII, 2.

(2) Analogamente il Portalis (nell'*Exposé des motifs du Code*) definiva il matrimonio " La société de l'homme et de la femme, qui s'unissent pour " perpétuer leur espèce, pour s'aider, par des secours mutuels, à porter les " poids de la vie, et pour partager leur commune destinée „.

diamo che le difficoltà e i dissidii sovraccennati dipendano innanzi tutto dal non essersi avvertito che non bisogna confondere ciò che può essere *scopo* o fine del matrimonio con ciò che ne è *effetto* immediato e necessario, o, per dir meglio, lo scopo *prossimo* cogli scopi di grado *ulteriore* del matrimonio (1); mentre poi rimane nella libertà dottrinale della definizione — secondo la maggiore o minore ampiezza che si voglia assegnarle — il comprendervi soltanto gli uni, o gli uni e gli altri. Più ancora, lo scopo del matrimonio apparisce in modo alquanto diverso, secondo che si consideri sotto l'aspetto individuale dei coniugi, o invece sotto l'aspetto sociale, pure impegnato direttamente (come vedremo) nell'organizzamento dell'istituto. — Così, fu censurata la inclusione della unione sessuale, e più ancora della procreazione, tra i fini del matrimonio; osservando che la tarda età dei coniugi non forma mai ostacolo alla sussistenza o alla formazione del vincolo coniugale, come nol forma, in senso assoluto, la stessa impotenza perpetua e manifesta, la quale conferisce soltanto un'azione di nullità *relativa* all'altro coniuge (2). E la censura sarebbe giustissima, se la propagazione volesse riguardarsi come *essenziale* al matrimonio. Ma in ogni modo chi potrebbe negare che essa costituisca almeno uno dei fini più importanti dell'istituto? E anzi, se si guarda all'animo delle parti contraenti, dovrà riconoscersi, distinguendo fra unione sessuale e procreazione, che la prima rappresenta, per essi, uno degli scopi *normali* e diretti del matrimonio, la seconda potrà soltanto essere o non essere una più remota speranza. Se invece si considerano i fini del matrimonio, non agli occhi delle parti, ma nell'ordine sociale, bisognerà convenire che sotto quest'aspetto lo scopo della procreazione ha importanza maggiore che non il soddisfacimento

---

(1) Cf. De Filippis, *Corso di dir. civ. comparato*, IX, 14.
(2) Cf. Fiore, Colamarino, Lomonaco ed altri, *Il diritto civile ital. secondo la dottrina e la giurisprudenza.* Napoli 1890, t. II, n. 219.

e la purificazione dell'istinto sessuale. Poichè se l'organizzazione del matrimonio interessa il consorzio civile, è principalmente in quanto esso è la base della famiglia, il mezzo, elevato a dignità di stato morale, di perpetuazione della specie.

Fingasi (per immaginazione) che *tutti* i matrimoni, rimanendo sterili, non più *culla dell'umanità*, funzionassero come una semplice unione i cui effetti non uscissero dai due che la contrassero; e si comprenderà quanto profondamente sarebbero mutate le ragioni per cui la società e la legge si ingeriscono così gelosamente nella vita di questo istituto. Lo stesso adulterio, ad esempio, perderebbe il carattere di un fatto perturbatore della famiglia, per ridursi ad una ingiuria privata.

Sarebbe dunque un' aberrazione il considerare come estranei o indifferenti all'ordine giuridico i fatti che stanno nell'ordine naturale e fisiologico, mentre il diritto non può che raccoglierli, per indirizzarli al *bene* e impedirne i traviamenti. E l'istituto del matrimonio trae anzi la sua maggiore nobiltà dal collegamento delle norme giuridiche coi più alti istinti di natura; senza dei quali, infine, l'istituto del matrimonio neppure sarebbe apparso sulla faccia del mondo.

Tutto ciò non significa certamente che il risultato della procreazione, o anche la semplice unione sessuale, costituisca l'*unica* ragion d'essere del matrimonio. Esso trova, nella sola differenza dei due sessi, nel completamento vicendevole che risulta dall'essere associate le facoltà e le aspirazioni diverse, proprie all'uomo e alla donna, una base sufficiente per la fusione di due vite in una. Ma finchè si tratta dei fini del matrimonio, saremo tutti d'accordo nell'ammettere che tra quelli più salienti di esso deve essere annoverato, o sottinteso, anche quello della procreazione.

Così, attenendoci alla distinzione già rimarcata fra gli *effetti* immediati e i *fini* del matrimonio, possiamo dire che

esso ha per oggetto *la piena intimità di esistenza* fra due persone di sesso diverso: per suo scopo naturale e *comune*, la perpetuazione della specie umana.

Dopo ciò, può rimanere oziosa la domanda, di solito proposta, se il matrimonio si attenga o no all'ordine naturale e insieme all'ordine civile; se, in altri termini, esso sia o meno una istituzione artificiale del diritto positivo. Evidentemente, negli ordini di natura il matrimonio trova la sua causa genetica. La natura umana non si appaga dell'avvicinamento momentaneo dei sessi; all'istinto fisico si unisce un sentimento, l'amore, che rende imperioso il desiderio di una convivenza intima e costante. Come fatto, come unione volontaria determinata dall'attrazione reciproca di due esseri, esso preesiste dunque alle leggi civili; e da nessuna legge, senza enormità e violenza, potrebbe essere impedito o turbato.

Ma, d'altro lato, la legislazione positiva, se non può dirsi autrice di questa istituzione, neppure potrebbe rimanervi indifferente o considerarla come un negozio qualsiasi della vita civile. Il matrimonio è la base delle famiglie, e queste a lor volta sono base e caposaldo della società politica; ecco perchè questo istituto tocca ai più alti e delicati interessi sociali. Esso riguarda l'interesse medesimo delle parti contraenti, per le quali il matrimonio è l'atto più importante della loro vita, mentre è pur quello in cui le passioni esercitano il più grande e talvolta più pericoloso impero; riguarda l'interesse generale, poichè mentre dal matrimonio sorge la famiglia, le leggi regolatrici di esso e dei rapporti che ne derivano, hanno, sotto ogni aspetto, la più profonda influenza sul buon costume pubblico; riguarda eziandio l'interesse delle due famiglie a cui appartengono i futuri sposi, le quali risentiranno anch' esse le conseguenze necessarie di quel vincolo, che pure conviene tenere in considerazione al fine di conciliare con esse, per quanto sia possibile, la libertà delle parti nel contrarre le nozze; di guisa che l'autorità dei parenti valga e giovi agli

sposi in via, se non altro, di suggerimento e di consiglio, impedendo nello stesso tempo che possa convertirsi nella pressione e nel costringimento.

Abbiamo insistito alquanto su questi concetti, che appartengono al campo del diritto filosofico più che a quello del diritto positivo. Essi dimostrano intanto come sia infondata e inammissibile la idea, volgarmente spesa, che di fronte al diritto civile *il matrimonio non sia che un contratto* (1). Fra i giuristi, si può dire non esservene più uno che se ne appaghi ed illuda. Certo, il matrimonio trae la sua origine immediata *dal consenso* delle parti; quindi da un contratto, in senso lato.

Il vero è però questo, che il matrimonio è *anche* un contratto, ma non soltanto un contratto; e se pur tale voglia qualificarsi, dovrà pur dirsi che esso è un contratto diverso dagli altri. Più chiaramente, è un contratto nella sua forma esteriore, ma è ben più che un contratto pel suo scopo, pei rapporti che fa sorgere, per gli effetti che ne derivano. O, ancora, è un contratto nella sua causa; ma per le sue conseguenze necessarie e immediate, le quali mettono radice nella famiglia, e con questa in tutto l'ordinamento del consorzio civile, esso ha il carattere fondamentale di una vera e propria *istituzione sociale* (2). Questo il criterio che non deve essere perduto di vista, in tutte le applicazioni e controversie che si rannodano al nostro istituto.

18. A questo punto si presenta teoricamente il dibattito che fu già così forte, in Italia specialmente, per l'ammissione del *matrimonio civile* di fronte al *matrimonio religioso*. Diciamo, dibattito che fu; poichè ormai la separazione dei due istituti è un fatto da tempo compiuto, e la questione appartiene più che altro alla storia. Del resto

---

(1) Questa idea, posta a quanto pare da Emanuele Kant, fu tradotta in legge dalla Costituzione francese del 1791, tit. II, art. 7: *La loi ne considère le mariage que comme contrat civil.*

(2) Cf. specialmente Gabba, *La propaganda del divorzio in Italia.*

non è questo che uno dei molti punti (uno dei più importanti però) in cui l'autorità civile ha raggiunta la rivendicazione dei suoi naturali poteri e la sua indipendenza, di fronte alla Chiesa.

Altre e non meno contrastate rivendicazioni eransi già compiute; come quelle relative alle immunità del clero, al fôro ecclesiastico, al valore legale dei voti monastici, alle incapacità civili degli infedeli, al divieto del matrimonio fra cattolici e non cattolici, ecc.

Da ciò stesso apparisce intanto che l'opposizione al matrimonio civile non era tanto sostenuta in pro del matrimonio *religioso*, quanto più veramente (benchè meno apertamente) in favore del matrimonio *cattolico*. Comunque, è certamente notevole il fatto che da noi l' istituto del matrimonio civile sollevò contrasti e proteste immensamente più forti che non dinanzi al codice Napoleonico; mentre questo, coll'ammissione del divorzio, feriva i principii e le credenze della Chiesa in ben altro modo che non facesse il Progetto del codice civile Italiano. Divario curioso, di cui non è però nell'indole di questo libro indagare le cause.

Per questa stessa ragione, e per l'altra sovraindicata, non faremo che riassumere brevemente i termini di quella discussione, rinviando chi ne volesse più ampia conoscenza alle Relazioni ministeriali (Pisanelli) e senatoriale (Vigliani) sul Progetto di codice civile (1).

Di fronte alle teorie generali di diritto, la istituzione del matrimonio civile si connette evidentemente al principio, divenuto ormai generale, della separazione della Chiesa dallo Stato, principio che venne tradotto nella nota formula (bene spesso fraintesa) " *libera Chiesa in libero Stato* „. Se ne dedusse quindi, e tale è in sostanza il concetto accolto dagli autori del nostro codice, che lo Stato deve regolare il matrimonio nell'interesse della società, lasciando

(1) Fra i commentatori nostri, il Borsari, *Cod. civ.*, I, § 198-290, scrisse vigorosamente in difesa del matrimonio civile.

alla Chiesa di regolarlo nell'interesse della religione, ossia che *lo Stato si tiene completamente estraneo all'atto religioso*, alla stessa guisa che la religione non si occupa dell'atto civile. Sulla completa esattezza di questa deduzione dobbiamo fare le nostre riserve (cf. n. seguente). — Certo è però che la legge civile, la quale regola necessariamente tutto ciò che si attiene allo stato delle persone ed ai rapporti di famiglia, non può nè deve fare una *eccezione*, abdicando alla sua naturale competenza, per quello che concerne l'istituto importantissimo del matrimonio. Come questo istituto sta a fondamento della famiglia, così l'autorità e la legge civile non possono astenersi dal prenderlo sotto il proprio dominio (sopra, n. 17, p. 65), instaurando intorno ad esso un compiuto sistema, non solo per gli *effetti* civili del matrimonio, ma ancora pei *requisiti* necessari a contrarlo, e per la forma della *celebrazione* che ne determina e ne constata la sussistenza (1). Nè potrebbesi separare uno qualunque di questi elementi costitutivi del matrimonio dagli altri, per abbandonarlo alla competenza della autorità

---

(1) Fra le innumerevoli testimonianze che potrebbero addursi in difesa di questo principio, notevole sopratutto ci sembra quella del Pothier, *Traité du Mariage*, n. 11 e seg., il quale — cattolico di fede e mitissimo di carattere — così scriveva:

" Le mariage... appartient à l'ordre politique, et il est en conséquence " sujet aux lois de la puissance séculière, que Dieu a établie pour régler " tout ce qui appartient au gouvernement et au bon ordre de la société " civile.

" Les princes séculiers ont donc le droit de faire des lois pour le ma- " riage, *soit pour l'interdire à certaines personnes, soit pour en régler les* " *formalités...*

" La puissance séculière a toujours joui de ce droit...

" L'Eglise n'a jamais regardé ces lois des empereurs sur les mariages " comme des entreprises de la puissance séculière sur la puissance ecclé- " siastique...

" Néaumoins Bellarmin et quelques autres auteurs, qui voudraient con- " centrer dans le pape toute puissance, ont attaqué le droit de la puissance " séculière sur les mariages.

" *Leurs arguments sont des plus frivoles.....* ".

Chi avesse detto al Pothier che gli argomenti del Bellarmin, da lui giudicati frivoli nel 1768, sarebbero stati rievocati per buoni, da noi, un secolo dopo!

religiosa, senza offendere la unità organica dell'istituto e turbare l'armonia del sistema giuridico, in uno dei temi più vitali per l'ordine della società civile. — In breve, è di competenza della legge civile tutto ciò che appartiene all'ordine *giuridico;* e all'ordine giuridico appartiene innegabilmente l'istituto del matrimonio, in tutta la sua integrezza, cioè per le varie parti di esso che concernono i suoi effetti ed i suoi requisiti, non meno che la sua celebrazione.

Chiarita, come ci sembra, la base della disputa, ecco ora in compendio le ragioni particolari che si adducevano pro e contro l'accoglimento del matrimonio civile nel nostro codice.

Da chi combatteva il matrimonio civile dicevasi: — la società coniugale appartenere essenzialmente all'ordine spirituale; spettare pertanto il diritto esclusivo di regolarla a quell'autorità alla quale è affidato il reggere la società tutta nell'ordine spirituale, cioè all'autorità religiosa; — al potere secolare non appartenere altro diritto che di regolare ai proprii fini gli effetti civili della unione matrimoniale, e negare questi effetti qualora le disposizioni della legge civile non siano state osservate; senza però poter mai disconoscere in diritto l'esistenza del matrimonio che secondo le leggi di natura siasi formato e dalla religione sia stato consacrato; — violarsi colla istituzione del matrimonio civile l'art. 1 dello Statuto che proclama la religione cattolica come la sola dello Stato; — indebolirsi il sentimento religioso e favorirsi l'indifferentismo, aprirsi la via al divorzio.

Rispondevasi dall'altra parte: — non contendersi all'autorità religiosa il diritto esclusivo di regolare il matrimonio in ciò che si attiene all'ordine spirituale; attenersi però esso non meno essenzialmente all'ordine sociale, come fondamento che è della famiglia, e in questa parte spettare alla società pubblica il regolarlo; — la differenza profonda di caratteri tra i precetti religiosi e quelli della legge civile, i primi dei quali s'impongono alla sola coscienza e i

secondi colla forza, non permettere che si accomunino e si confondano gli uni cogli altri; — col porre l'essenza del matrimonio nell'adempimento d'un rito religioso esercitarsi una pressione sulla coscienza dei cittadini, e sostituirsi la forza coattiva delle leggi civili all'azione spontanea e libera, che è propria degli atti dei credenti: sicchè dovrebbesi, in ogni modo, non solo ammettere altrettante forme di matrimonio, quante sono le diverse religioni, ma, di fianco a queste, riserbare ancora la forma civile per gli individui che non professassero religione alcuna (1); — la istituzione del matrimonio civile esser quindi consentanea ai diritti ed ai doveri della sovranità sociale, rispettando ad un tempo le credenze e le pratiche religiose di tutti i cittadini senza distinzione di culto; — accogliendo questa istituzione la legge non rendersi quindi atea, ma laica, non indifferente ma incompetente in materia religiosa; — non potersi dire violato l'art. 1 dello Statuto se non quando si proscrivesse o s'impedisse il matrimonio religioso, o qualcosa si ordinasse contraria alle credenze cattoliche; ma all'opposto volersi concedere e proteggere la massima libertà nell'adempimento dei riti religiosi, stabilendo soltanto la completa separazione dell'atto civile dal Sacramento nel matrimonio; — questa separazione essere anche stata ammessa in altri paesi non meno devoti al Cattolicismo, nè la Chiesa stessa averla mai condannata formalmente; — esser falso che il matrimonio civile conduca all'ammissione del divorzio, essendo connaturale la indissolubilità al matrimonio, anche considerandolo soltanto come istituzione sociale; — anzi, precisamente in riguardo al divorzio, sentirsi meglio la necessità di una legge civile *unica*, mentre

(1) Come infatti proponeva in Parlamento l'on. Dondes Reggio, uno dei più fervidi oppositori del matrimonio civile (V. *Lavori preparatori del Codice civile*, collezione Gianzana, t. II, n. 99). Appena occorre avvertire quale confusione ed incertezza deriverebbe da una simile moltiplicità di regolamenti legali sul matrimonio.

fra i diversi culti religiosi alcuni escludono, altri ammettono il divorzio.

Un altro sistema era stato presentato e vivamente sostenuto, a cui si dava il nome di *matrimonio civile facoltativo.* Consisteva esso nell'istituire la forma civile del matrimonio accanto a quella della religione che i contraenti professino; lasciando pienamente libero ad essi di eleggere l'una o l'altra, sicchè il matrimonio contratto secondo i riti religiosi dovesse considerarsi come esistente anche legalmente e produttivo di tutti gli effetti civili, alla sola condizione che l'atto ne fosse denunziato e registrato negli uffizi di stato civile. Propugnavasi questo sistema in nome della libertà di coscienza, per rispetto dovuto alle opinioni religiose e per considerazioni di prudenza. Esso però non fu accolto, sia perchè la libertà di coscienza e il sentimento e le opinioni di religione si rispettano quanto basta non frapponendo ostacoli quali che siano al matrimonio religioso, sia perchè si riprodurrebbero tutti gl'inconvenienti del sistema canonico esclusivo, aggiungendone anche altri non meno gravi. Lo Stato — si disse — abdicherebbe così il suo potere e la sua missione; assoggetterebbe la costituzione della famiglia a leggi diverse e variabili per opera di poteri indipendenti da lui; renderebbe impossibile la codificazione nella parte più importante del diritto civile; obbligherebbe le proprie autorità ad applicare leggi di società diverse; aprirebbe l'adito a facili e frequenti conflitti di potere; screditerebbe il matrimonio civile e presterebbe modo di eluderlo; ecciterebbe a lotte tra le due forme di matrimonio; creerebbe confusione nei registri dello stato civile; farebbe mostra di indifferentismo in materia religiosa, darebbe luogo a conflitto di giudicati delle due autorità in senso diverso. D'altronde, si rifletteva, bene scarsa sarebbe la utilità di questo temperamento: giacchè i veri credenti ricorrerebbero sempre, anche senza di ciò, ai riti religiosi, come ne ha dato prova non dubbia l'esperienza già fatta in altri paesi.

La Commissione senatoria chiudeva la sua relazione su questo argomento, attestando come si fosse posto da essa ogni studio a ricercar mezzi coi quali si potesse rendere omaggio al principio religioso ed eccitare gli sposi a santificare con esso la loro unione; ma dichiarava essersi in ultimo creduto migliore consiglio l'astenersene, come da cosa che eccederebbe la missione del potere civile.

L'intendimento però di proteggere anzichè avversare il sentimento religioso, e guarentirne la più assoluta libertà, si è manifestato abbastanza; sia col rimuovere ciò che alla Chiesa era stato cagione principale di lamento contro la istituzione del matrimonio civile, cioè il divorzio; sia col permettere di celebrare il matrimonio religioso anche prima del civile. Così fu istituito anche nel codice nostro il matrimonio civile, attribuendogli questi due caratteri salienti: *della più completa separazione dell'atto civile dal religioso, e della massima libertà pei cittadini nella pratica dei riti di qualunque culto.*

19. Senonchè, risoluta così la questione di massima, rimase ed è tuttora scoperto un punto subalterno, ma di importanza grandissima, cioè la possibilità pei cittadini di procedere alla celebrazione del matrimonio in forma religiosa, senza che a questa si accompagni la celebrazione civile, che sola dà valore legale al matrimonio.

Erano facili a prevedere i pericoli e i disordini inerenti a tale facoltà. E già altre legislazioni, di paesi anche cattolici (come la Francia), avevano provveduto ad ovviarli, ingiungendo che il matrimonio civile dovesse essere celebrato prima del religioso, e comminando sanzioni penali agli sposi e ai ministri del culto, ove contravvenissero a tale disposizione. Però gli autori del codice nostro credettero conveniente astenersi da questo partito; confidando che contro i temuti pericoli fosse garanzia sufficiente l'interesse medesimo dei contraenti e della famiglia; osservando che per evitare un male *ipotetico* non si poteva

coartare la libertà religiosa, e considerare come illecita l'unione consacrata dai riti religiosi; adducendo infine che qualora gli abusi di questa libertà si fossero manifestati troppo frequenti e perniciosi, sarebbesi potuto provvedere in seguito con leggi speciali (1).

Malauguratamente l'esperienza venne a confermare i timori e i danni già preveduti. Fosse ignoranza delle leggi, o leggerezza d'animo, o pregiudizio religioso, il numero dei matrimoni contratti dinanzi alla Chiesa soltanto, e quindi nulli civilmente, raggiunse ben presto in Italia una cifra enorme; essendo risultato dalle statistiche ordinate dal Ministero di grazia e giustizia che, nei primi *sei* anni decorsi dalla attuazione del codice civile, i matrimoni celebrati col solo rito religioso salirono a più che 120 *mila*, e dal 1° gennaio 1866 al 31 dicembre 1877 (12 anni) giunsero a circa 385 *mila*. Cifre spaventose veramente, se si pensa quale perturbamento per le famiglie e per la moralità pubblica deriva necessariamente da unioni mancanti di valore civile.

Colpiti da questo stato doloroso di cose, diverse volte i ministri dello Stato (ricordando la riserva già fatta in occasione del codice civile) ebbero a presentare al Parlamento disegni di legge, onde frenare l'enorme abuso, divietando, sotto gravi sanzioni penali, di procedere al matrimonio religioso, senza la precedenza del matrimonio civile. Ma finora furono tentativi senza risultato.

La questione, che offre già un altro interesse dal lato della opportunità e convenienza pratica, non è qui da esaminare che di fronte ai principii razionali. E pure in questo saremo assai brevi; sia perchè non sembra molto difficile il dimostrare la legittimità dei provvedimenti che precludono l'adito a quel complesso di mali, sia perchè la dimostrazione stessa è stata già fatta, senza possibilità di replica,

---

(1) Cf. *Relazione ministeriale* (Pisanelli) *sul Codice civile*, § 13; *Relazione della Commissione senatoria* (Vigliani) *sul I libro del Codice civile*, § 45.

e in modo tanto profondo quanto completo, da uno fra i più valenti giuristi nostri (1).

Tutte le obbiezioni mosse contro una legge che imponga la antecedenza del matrimonio civile sul religioso possono raggrupparsi, ci sembra, sotto due punti di vista; l' uno riguardante la pretesa libertà dei privati da imprimere alle loro unioni coniugali il suggello del vincolo puramente religioso; l'altro riguardante i rapporti che da una legge simile verrebbero determinati fra l'autorità sociale e l'autorità ecclesiastica, in relazione alla massima *libera Chiesa in libero Stato*.

Sotto il primo aspetto, suol dirsi che la legge, mentre tollera il fatto del concubinato, non può senza incongruenza proibire e colpire l'unione che le parti abbiano voluto rivestire di quella forma che, secondo la loro fede religiosa, costituisce il matrimonio, e che se matrimonio valido non è dinanzi allo stato civile, sarà per lo meno una unione meno immorale della prima. Si aggiunge che anzi, poichè il matrimonio religioso è *un atto inesistente* di fronte alla legge, diventa ingiusto ed assurdo il vietare e punire in pari tempo un atto cui si nega ogni effetto e valore civile. Si deduce quindi che negando ai privati la facoltà di celebrare il matrimonio col solo rito religioso, si offende la libertà individuale di coscienza, poichè non solo non si riconoscono effetti civili a quella unione, ma si pretende impedirne la materiale formazione, e *costringere* gli sposi a munirla della forma civile.

Come vedesi, tutte queste ragioni mettono poi capo ad un solo concetto, cioè che la legge civile debba rimanere *estranea* affatto all'atto religioso del matrimonio, così come la religione non si occupa dell'atto civile.

Ora questo generale criterio, su cui abbiamo già fatto le nostre riserve (2), è per noi, come per altri, abbastanza

---

(1) C. F. Gabba, *I due matrimoni, civile e religioso*, Pisa 1876.
(2) Sopra, n. 18, p. 18.

inesatto. Non è ammissibile infatti che lo Stato possa rimanere *indifferente* all'atto religioso del matrimonio, mentre questo atto produce, per sè medesimo, conseguenze gravissime per l'ordine e pel benessere sociale. — Con ciò solo vengono a cadere le particolari obbiezioni surriferite. Non vale, anzi è falso il paragone del matrimonio soltanto religioso col concubinato; per l'ovvia ragione che il primo è socialmente assai più pernicioso del secondo, in quanto che non avendo carattere di aperta immoralità, riesce meno repugnante alle due parti e alle famiglie, e si presta quindi facilmente ad appagare le coscienze semi-scrupolose, o a trarre in inganno persone inesperte, o a divenire un sopruso del forte sul debole; col risultato finale e costante di accrescere il numero delle famiglie illegittime.

Neppure vale addurre l'assurdità di vietare e colpire un atto che si reputa inesistente di fronte alla legge; essendo noto che la non validità civile di un atto può bensì escludere talvolta la reprimibilità dell'atto stesso, ma in quanto esso rimanga perciò innocuo (come avviene, ad esempio, dei reati di falso); mentre qui la legge verrebbe a colpire il matrimonio religioso, non in ragione della sua efficacia giuridica, ma in ragione dei danni che esso produce, come semplice fatto. Nè infine è fondato l'opporre la libertà individuale di coscienza, poichè anche questa, come tutte le libertà e i diritti individuali, ha i suoi limiti necessari; e come limite all'esercizio di un diritto qualunque è senza dubbio da riguardare il perturbamento e la lesione che esso porta nell'ordine della famiglia e della società.

Sotto il secondo aspetto (cioè circa il contrasto che la precedenza del matrimonio civile sul religioso susciterebbe coi principii che vigono nei rapporti fra l'autorità civile e l'autorità religiosa) si suole osservare che, data la separazione delle due autorità, ammessa la formula *libera Chiesa in libero Stato*, una legge in quel senso significherebbe una vera invasione del potere laico nelle funzioni della autorità ecclesiastica; poichè i ministri del culto non possono ve-

nire impediti di compiere, o incolpati per avere compiuto, un atto del loro ministero, in conformità delle leggi loro proprie, e a tenore delle quali essi hanno anzi obbligo di prestarsi alla celebrazione dell'atto medesimo. — Questa obbiezione però, per quanto apparentemente più seria, varrebbe in ogni caso non per combattere in sè stesso il principio della antecedenza del matrimonio civile sul religioso, ma per escludere che i mezzi di sanzione di quel principio potessero essere estesi, oltrechè contro gli sposi, contro i ministri del culto. Tuttavia anche sotto questo particolare aspetto, non sembra veramente che i principii generali di diritto formino ostacolo ad una tale estensione. La formula *libera Chiesa in libero Stato*, che a tale proposito suole invocarsi, è infatti ben lungi dall'avere un significato e un valore assoluto, tale cioè che l'autorità civile e politica non debba occuparsi nè ingerirsi in modo alcuno della azione della Chiesa.

La Chiesa, e in genere le diverse comunità religiose, rappresentano legalmente altrettante associazioni, determinate da uno scopo loro proprio, le quali vivono e si svolgono di fianco all'associazione più generale che lega tutti i cittadini di una nazione, indipendentemente dalle diversità di credenze e di culto. Ora, come per ogni altra associazione, così anche per quella religiosa, lo Stato se deve rispettarne la piena libertà in tutto ciò che riguarda gli interessi particolari e i rapporti *interni* della associazione medesima, può e deve, al contrario, estendere la vigilanza e l'autorità sua agli atti e alle estrinsecazioni della Chiesa che, uscendo dalla cerchia dei suoi rapporti interni, vengano in contatto cogli interessi collettivi della società politica. Anche sotto questo aspetto, adunque, una libertà assoluta, cioè sconfinata, non può concepirsi nè ammettersi per la funzione della Chiesa, come non è ammissibile e non sussiste, nell'ordine giuridico, per qualsiasi altra persona fisica o collettiva. E scendendo al nostro punto, se il matrimonio contratto in forma religiosa soltanto è sorgente diretta di mali

e disordini sociali, sarà dunque esorbitante o ingiustificata la legge civile che, rivolgendosi anche ai ministri del culto (che non cessano perciò di essere cittadini, e di essere soggetti alle leggi generali dello Stato), ingiunga loro non di astenersi dalla celebrazione del matrimonio religioso, ma di accertarsi che esso sia preceduto dalla celebrazione civile?

Per l'uno e per l'altro ordine di considerazioni adunque, una legge che modificando e completando il sistema attualmente in vigore, guarentisse l'accompagnamento della forma civile al rito religioso del matrimonio, non potrebbe ritenersi contraria ai principii di ragione, nè lesiva della libertà benintesa dei privati o della Chiesa.

20. Dopo avere così esaminato l' istituto del matrimonio civile, nel valore e nella estensione che gli spetta, secondo le teorie generali di diritto, riescirà ora più agevole la intelligenza dei vari sistemi che ebbero vigore, specialmente in Italia, prima del codice civile; sui quali pure ci limiteremo a cenni sommarii.

Le dottrine cattoliche intorno al matrimonio erano state generalmente riconosciute dal potere pubblico in Italia, come in Francia, come in molti altri Stati. La legislazione ecclesiastica era considerata in questa materia come legislazione dello Stato; reputandosi che tutto quanto concerneva il matrimonio appartenesse completamente all'ordine religioso, sicchè niun potere dovessero esercitare sopra di esso nè le leggi nè le magistrature civili.

In Lombardia e in Toscana, per opera di principi riformatori, fu però rivendicato al potere civile il diritto di giudicare nelle cause concernenti a' matrimoni, e di stabilire le condizioni sotto le quali il matrimonio contratto potesse produrre gli effetti civili.

La rivoluzione del 1789 cangiò radicalmente in Francia quest'ordine di cose. Una costituzione del settembre 1791, per istabilire una completa separazione tra la legge civile

e religiosa rendendo così indipendente lo Stato dalla Chiesa, proclamò il principio che la legge non considerasse il matrimonio che come un contratto civile. Altre leggi posteriori svilupparono questo principio, giungendo fino ad assimilare completamente il matrimonio ad un contratto ordinario di società.

Tale fu l'origine del *matrimonio civile;* che prese fin d'allora salde radici nel sentimento dei più, sebbene dovesse poi correggersi notevolmente l'idea di ravvisare nel matrimonio null'altro che un contratto (1).

Il codice Napoleone mantenne fermo il principio della costituzione del 1791, regolando il matrimonio come atto puramente civile, e facendo intieramente astrazione dalle opinioni religiose; quantunque in molti rapporti cercasse di temperare le esagerazioni in cui le leggi della rivoluzione eran cadute, e di restituire al matrimonio quel carattere sacro di cui era stato spogliato, mentre era stato ridotto agli estremi di un contratto ordinario di società civile.

Le conquiste Francesi estesero a molta parte di Europa ed anche nella Italia nostra questo sistema, che non fu soggetto durante il regime imperiale a sostanziali modificazioni.

Caduto il primo impero Francese, la istituzione del matrimonio civile fu naturalmente una delle prime a subire in Italia gli effetti della reazione succeduta alla dominazione straniera.

In Piemonte, nel Ducato di Modena, nella Toscana e negli Stati pontificii fu ristabilito puramente il matrimonio secondo il diritto canonico; e questo sistema si mantenne in Piemonte anche col codice Albertino del 1837, nel Ducato di Modena anche col codice Estense del 1851.

In Lombardia e nel Veneto, dapprima colla sovrana patente 1° luglio 1815, poi coll'attuazione del codice civile

---

(1) Cf. sopra, n. 17 in fine.

generale Austriaco, il matrimonio fu regolato dalle leggi civili, non solo quanto agli effetti suoi nei rapporti fra coniugi e tra genitori e figli, ma ancora quanto alle condizioni intrinseche necessarie per poterlo contrarre, agli impedimenti che facessero ostacolo alla sua validità, alle cause ed ai modi di domandarne la dichiarazione di nullità, o la separazione personale; e fu ritenuto del pari competere esclusivamente all'autorità civile la giurisdizione matrimoniale. — Quanto alla forma estrinseca, i §§ 75, 77, 127 del d° cod. civ. gen. Austriaco ordinavano *doversi fare la solenne dichiarazione del consenso al matrimonio davanti al ministro della religione dei contraenti ed in presenza di due testimoni.* Per tal modo era promossa, ma non prescritta l'osservanza dei riti religiosi; e il ministro del culto, più che in tale qualità, agiva veramente agli occhi della legge qual funzionario pubblico.

Come tale appunto, gli erano prescritte le norme che doveva osservare nell'adempimento dell'ufficio suo, sotto gravi pene; gli era imposto di tenere, nelle forme determinate dalla legge, il *libro dei matrimonii* (§ 80 e seg.), di tentare per tre volte la conciliazione tra i coniugi nel caso ch'essi volessero domandare la loro separazione, e rilasciare attestato scritto della triplice ammonizione fatta, in caso ch'essa fosse riuscita inutile (§ 104).

Dopo il concordato colla S. Sede promulgato nell'Impero d'Austria colla patente 5 novembre 1855, fu emanata nell'8 ottobre 1856 una legge sul matrimonio dei cattolici, che abrogò in parte in questa materia le disposizioni del codice civile generale Austriaco, e dichiarò non potersi contrarre matrimonio dai cattolici nell'Impero d'Austria, se non sotto l'osservanza dei precetti stabiliti dalle leggi ecclesiastiche; legge che fu però abrogata in Lombardia con l'altra del 27 ottobre 1860.

Il codice pel regno delle Due Sicilie dichiarava pure (art. 150, 151, 189) che le disposizioni della legge civile riguardavano solo gli effetti civili e politici del matrimonio;

e unicamente sotto questo aspetto venivano determinati i requisiti necessari per contrarre matrimonio, le formalità precedenti alla celebrazione, i diritti e doveri che ne risultano, rimanendo però intatti ed immutati i doveri imposti dalla religione. Quanto alla celebrazione, volevasi che si facesse davanti alla Chiesa, giusta le norme del Concilio di Trento, a pena di nullità del matrimonio. La giurisdizione infine era attribuita alla autorità ecclesiastica, per le controversie relative alla validità intrinseca del matrimonio, e ai tribunali ordinari per quelle relative agli effetti di esso. — Così era accolto in quel codice un sistema *misto:* religioso quanto all'essenza e all'intrinseca validità del matrimonio; civile quanto alle condizioni di capacità personale, alle formalità preliminari, e agli effetti giuridici del matrimonio stesso.

Un sistema analogo era pure sancito dal codice Estense del 1852 (art. 73, 74), e dal codice Parmense (art. 34-37), che ordinavano la celebrazione del matrimonio, giusta le regole e i riti determinati dalla religione a cui gli sposi appartenevano; richiedendo però alcune condizioni di capacità personale e di forme preliminari, a norma dei codici stessi, la inosservanza delle quali toglieva bensì ai coniugi i diritti civili inerenti al matrimonio legittimo, ma non alla prole i diritti dipendenti da una filiazione legittima.

Riassumendo, da questi brevi cenni storici risulta: che l'idea della separazione completa del matrimonio civile dal religioso, propugnata già da alcuni giuristi anteriormente alla Rivoluzione Francese, fu da questa tradotta in legge, colla formula più esagerata del *matrimonio-contratto:* che questa idea, trapassata poi anche in Italia, venne quivi soffocata in seguito, coi principii della restaurazione: che tuttavia anche nell'epoca e per effetto della restaurazione medesima, non si ebbe un ripristinamento generale ed assoluto del matrimonio ecclesiastico, ma furono accolti qua e là sistemi di componimento e quasi di transazione, o regolando il matrimonio come istituzione *civile*, la cui ce-

lebrazione seguiva bensì davanti ai ministri del culto, ma considerando questi, più che altro, come funzionari dello Stato, oppure regolando il matrimonio in forma *mista,* cioè colle leggi civili quanto agli effetti suoi, con quelle ecclesiastiche quanto alla celebrazione e alla validità intrinseca.

Tutto ciò spiega in modo naturale l' ultimo movimento storico di questo punto di diritto, nella preparazione e promulgazione del codice civile Italiano, e nel senso della piena separazione del matrimonio civile dal religioso. Le ragioni intime di questa separazione, e insieme della esclusione della idea che il matrimonio sia niente più che *un contratto*, furono già esposte in precedenza; nè occorre ora di richiamarle.

21. Il matrimonio, nel senso proprio in cui finora ne abbiamo parlato, non è che l'unione coniugale che si forma coll'accordo delle volontà, col consenso delle parti, e per mezzo di un atto civile. Questa società, questa comunione indivisibile di esistenza, non può però mancare di produrre importanti effetti sui rapporti d'interesse materiale e sui beni rispettivi degli sposi.

A regolare questi rapporti e questi interessi tendono le *convenzioni* che si dicono *matrimoniali*, alla cui mancanza suppliscono in ogni caso le disposizioni della legge (art. 1328, cod. civ.). A quelle convenzioni si dà pure il nome di *contratto di matrimonio;* la quale denominazione vedesi anche adoperata dal nostro codice nel titolo V del lib. III, e può riuscire equivoca nelle disposizioni della legge, se non si avverta al senso preciso che assume dal contesto e dallo spirito delle disposizioni medesime, dipendentemente dall'oggetto che propriamente contempla; consistente nella società coniugale in sè stessa, o nei rapporti di interesse pecuniario regolati per convenzione.

Quantunque distinti siano, per l'oggetto loro e per le regole a cui vanno soggetti, la società coniugale considerata in sè medesima, e il contratto che ne regola gl' inte-

ressi pecuniari, non manca però tra quella e questo una necessaria ed intima relazione, la quale fa sì che anche alle convenzioni matrimoniali si estenda in qualche parte il favore e la protezione che la legge ha dovuto concedere al matrimonio stesso. È così, per esempio, che le donazioni fatte per contratto di matrimonio, a differenza delle donazioni comuni, non abbisognano d'essere accettate per divenire perfette (art. 1062, § 2°, confr. col 1057, cod. civ.); che le persone capaci a contrarre matrimonio lo sono eziandio, sotto le medesime condizioni, per prestare il consenso a tutte le stipulazioni o donazioni che possono farsi nel relativo contratto (art. 1386, cod. civ.); che le convenzioni matrimoniali partecipano di quella stessa indissolubilità ed immutabilità che è propria del matrimonio medesimo (art. 1385, cod. civ.).

Ed è così, in aspetto più generale, che le convenzioni matrimoniali si differenziano dagli altri contratti comuni, in quanto che, avendo anch'esse un oggetto di carattere pecuniario, ma collegandosi direttamente al matrimonio stesso e alle sorti della famiglia, sono da riguardare per molti rapporti come materia di *ordine pubblico*.

Tuttavia, nonostante questa intima relazione, la società coniugale in sè stessa e il contratto che regola i rapporti pecuniari dei coniugi non cessano di essere due cose profondamente distinte. Non sembra infatti ammissibile (benchè non sia luogo qui a farne una discussione completa) la idea sostenuta già da eminenti scrittori che la connessione naturale fra matrimonio e convenzioni matrimoniali determini una specie di *indivisibilità* tra queste e quello (1). È vero soltanto che le convenzioni matrimoniali, essendo subordinate alla esistenza di un matrimonio valido, come l'accessorio al principale, risentono le sorti del matrimonio medesimo. Ma non è vero, in senso inverso, che la validità

---

(1) TROPLONG, *Du contrat de mariage*, I, 98, 110-113; MARCADÉ, t. V, art. 1398, n. 2.

del matrimonio basti ad assicurare la efficacia delle convenzioni matrimoniali, le quali hanno condizioni e norme loro proprie: e può quindi avvenire che il matrimonio in sè stesso sia valido, o che sia rimasta coperta la nullità di cui fosse infetto, e che nonostante le convenzioni matrimoniali restino attaccabili per vizi loro speciali (1). Ciò trova conferma, per noi, nel disposto dell'art. 1387, il quale per le convenzioni matrimoniali esige l'assistenza di un curatore alla persona contro la quale sia stata pronunziata o promossa la *inabilitazione*, sebbene tale persona possa contrarre matrimonio senza l'assistenza di alcuno; nel qual caso pure potrebbero essere annullate, per mancanza di questa formalità abilitante, le convenzioni medesime, rimanendo però valido e fermo il matrimonio.

22. Premesse queste nozioni generali, ed entrando ora nello studio particolareggiato del vasto e difficile tema del matrimonio, crediamo conveniente, per le opportunità di una esposizione teorica, modificare alquanto l'ordine e le ripartizioni tenute dal codice nostro. Studieremo quindi:

1° La promessa di matrimonio;

2° Le condizioni o requisiti necessari per contrarlo;

3° La celebrazione del matrimonio, nelle sue diverse fasi;

4° Le conseguenze e sanzioni della inosservanza dei requisiti prescritti (opposizione — nullità);

5° I diritti e doveri nascenti dal matrimonio;

6° Lo scioglimento di esso e la separazione dei coniugi (2).

---

(1) Aubry et Rau, t. V, § 501; Demolombe, III, 8; Laurent, XXI, 15-16.
(2) Le ragioni di questa distribuzione sono date più oltre, n. 36.

CAPO I.

Della promessa di matrimonio.

Sommario. — 23. Precedenti storici sull'argomento. — 24. Carattere giuridico degli sponsali secondo il Codice nostro. — 25. Fondamento dell'obbligo di rimborso ammesso dall'art. 54, per inadempimento della promessa di matrimonio. — Se esso abbia carattere di obbligo contrattuale, o di obbligazione per fatto illecito. — 26. Limiti a cui tale obbligo è circoscritto. — 27. Condizioni richieste perchè esso abbia luogo. — 28. Condizioni intrinseche — validità del consenso — capacità personale. — 29. Dubbii riguardo all'interdetto e all'inabilitato. — 30. Ingiustizia del rifiuto a contrarre matrimonio. — 31. Condizioni estrinseche. — 32. Termine cui è sottoposta l'azione di risarcimento.

23. " La promessa scambievole di futuro matrimonio " *non produce obbligazione legale di contrarlo*, nè di eseguire " ciò che si fosse convenuto pel caso di non adempimento " della medesima „ (art. 53, cod. civ.).

" Se la promessa fu fatta per atto pubblico o per iscrit- " tura privata da chi sia maggiore di età o dal minore au- " torizzato dalle persone, il concorso delle quali è necessario " per la celebrazione del matrimonio, oppure consta dalle " pubblicazioni ordinate dall'ufficiale dello stato civile, il " promettente, che ricusi di eseguirla *senza giusto motivo*, è " obbligato a risarcire *le spese* fatte per causa del promesso " matrimonio.

" La domanda però non è più ammissibile dopo un anno " dal giorno in cui la promessa doveva essere eseguita „ (art. 54).

Con queste brevi norme il codice nostro ha disciplinato in modo abbastanza completo un argomento interessante e delicato, sanzionando però un sistema che si discosta notevolmente da quelli conosciuti anteriormente.

La costumanza antichissima di far precedere al matrimonio gli *sponsali*, cioè la promessa data ed accettata scambievolmente di futuro matrimonio, fu presa in consi-

derazione e regolata da molte legislazioni antiche e moderne, meno però che dal codice Francese. Come essa aveva ed ha tuttora per iscopo di rendere più sicure e più felici le unioni coniugali, ovviando ai pericoli di nozze troppo affrettate fra persone che non si conoscano abbastanza, così era còmpito naturale della legge determinarne il carattere giuridico e gli effetti. Evidentemente però, qualunque efficacia civile potesse riconoscersi agli sponsali, essa non poteva mai portar seco la sanzione più diretta, cioè la coercizione personale all'adempimento della fatta promessa, essendo pur questo uno dei casi di applicazione della massima *nemo ad factum precise cogi potest.* Ma, all'infuori anche di ciò, non mancavano altri mezzi ed effetti con cui riconoscere alla promessa di matrimonio il carattere e la forza di una convenzione civilmente obbligatoria. — E lo svolgimento storico di questo punto sarebbe infatti uno dei più interessanti. Ma l'indole del nostro lavoro non consente che di accennarne i punti principali.

Già nel diritto romano gli sponsali — *mentio et repromissio futurarum nuptiarum* (1) — furono considerati come includenti un rapporto contrattuale; per la cui validità si esigevano, in genere, le stesse condizioni richieste per la celebrazione del matrimonio; e che, negli effetti giuridici, produceva non un'azione diretta per costringere alla celebrazione del matrimonio (2), nemmeno la esigibilità della clausola penale che vi fosse stata aggiunta per assicurarne l'adempimento (3), ma bensì l'impedimento ad altre nozze o ad altri sponsali (4), il vincolo di quasi affinità fra l'uno

---

(1) L. 1, 2, D. *de spons.*, XXIII, 1.

(2) L. 1, Cod. *de spons.*, V, 1: " Alii desponsatae renunciare conditioni " et nubere alii non prohibentur ".

L. 5 in f. *eod.:* " ... Cum in contrahendis nuptiis libera potestas esse " debeat ".

(3) L. 134 pr. D. *de verb. obl.*, XLV, 1: " Quia inhonestum visum est, vin- " culo poenae matrimonia obstringi... ".

(4) Sotto pena d'infamia; L. 1 in f., L. 13, § 1-4, D. *de his qui not. inf.*, III, 2.

dei fidanzati e i parenti dell'altro (1), come pure la perdita della caparra che si fosse data (*arrha sponsalitia*), o l'obbligo di restituirla raddoppiata, per quello degli sposi che avesse colpa della non celebrazione del matrimonio (2); e anzi vi fu tempo in cui si accordava una vera azione giudiziale *ex sponsu*, benchè limitata all'*id quod interest* (3).

Il diritto canonico (che nell'epoca intermedia prese vigore, come fu sopra notato, di legge comune in questa materia) riconobbe una efficacia anche maggiore alla promessa di matrimonio. Si cominciò col distinguere fra sponsalia *de praesenti* e sponsalia *de futuro*, intendendosi designare colla prima espressione *ipsum matrimonium ratum non consummatum*. Come però questa denominazione veniva anche riferita alla dichiarazione emessa in segreto dagli sposi di prendersi attualmente in marito e moglie, e come questa specie di sponsali rimase poi proscritta dal Concilio di Trento, così rimase il significato proprio di sponsali a quelli soltanto contratti *de futuro*. Pure in questo senso, gli sponsali producevano, per diritto canonico, obbligazione *civile* di contrarre matrimonio nel tempo promesso. Tuttavia era ammessa la impossibilità di una coercizione diretta per l'adempimento della promessa di matrimonio; ma gravi sanzioni — come la scomunica, la censura ecclesiastica, le pene pecuniarie ed afflittive — miravano per altra via a conseguire la esecuzione della promessa. Oltre di che, gli sponsali producevano l'*impedimento* per ciascuno degli sposi a contrarre matrimonio coi parenti dell'altro (*impedimentum ex cognatione legali*), e l'impedimento, benchè proibitivo soltanto, a contrarre matrimonio con altre persone, finchè gli sponsali non fossero sciolti per causa legale (4).

---

(1) L. 12, § 1, L. 14 in f. D. *de ritu nupt.*, XXIII, 2.
(2) L. 3 e 5, Cod. *de spons.*, V, I.
(3) Cf. VOET, *Comm. ad Pand.*, lib. XXIII, tit. 1, n. 12.
(4) Cf. VAN ESPEN, *Jus ecclesiast. univ.*, pars II, tit. XII, cap. 1, 2, e tit. XIII, cap. 2, 6; POTHIER, *Du contrat de mariage*, n. 23 e seg.

Il codice civile Napoleonico, per una lacuna inesplicabile, omise qualunque disposizione legislativa in ordine agli sponsali. Donde gravi incertezze nella dottrina francese, per decidere se ne nascesse o meno obbligazione civile, agli effetti almeno del risarcimento dei danni in caso di ingiusto rifiuto. Finì coll'essere accolta la soluzione affermativa. Senonchè, mentre taluni (1) riponevano il fondamento di quest'obbligo in un vincolo contrattuale (considerando la promessa di matrimonio come una qualunque obbligazione *di fare*, non proscritta col solo silenzio del codice), altri opinavano in contrario che fosse questione soltanto di una responsabilità per fatto illecito, per quasi-delitto, a senso dell'articolo 1382 del codice (1151, cod. Ital.) (2). — Donde procedevano poi altri dissensi, segnatamente in ordine alla estensione del danno risarcibile (*damnum emergens*, *lucrum cessans*), alla esigibilità della clausola penale aggiunta alla promessa di matrimonio, ecc.

Ripararono alla lacuna i codici dei cessati Stati italiani. Così il codice civile Austriaco (§§ 45, 46) dichiara che la promessa di matrimonio non produce obbligazione legale di contrarlo, nè di soddisfare quanto fosse stato stipulato pel caso che si receda dalla promessa, mentre però, in caso di ingiusto rifiuto, fa salvo il diritto al risarcimento del *danno effettivo* che ne sia derivato. — Analogamente disponeva il codice pel regno delle Due Sicilie (art. 148), con questo però che la promessa di matrimonio non si riteneva efficace, all'effetto dell'eventuale risarcimento, se non risultasse dalla richiesta di matrimonio fatta all' ufficiale competente per la celebrazione di esso. E uguale disposizione conteneva il codice Estense (del 1851) all'articolo 87. — Il codice del Canton Ticino (art. 48) e il codice Parmense (art. 40) prescindevano invece da questa

---

(1) Toullier, t. VI, n. 293 e seg.; Merlin, *Répert.* v° *Peine contractuelle*, § 3.
(2) Aubry et Rau, V, § 454, nª 26; Demolombe, III, 26-32; Laurent, II, 304-310.

condizione di forma, riproducendo sostanzialmente le norme del codice Austriaco. — Il codice Albertino (art. 106-107) ammetteva pure l'azione in risarcimento del danno *effettivamente* sofferto, *senza riguardo alle clausole penali* apposte alla promessa di matrimonio; ma esigeva che questa risultasse *da atto pubblico* o *scrittura privata*, e che gli sponsali fossero stati dichiarati *validi* dal giudice ecclesiastico.

24. Dinanzi a questi precedenti, vedemmo già come il codice nostro abbia risoluto testualmente la questione, negli art. 53 e 54.

La promessa di futuro matrimonio, per quanto sia stata formale e precisa, nel senso di una obbligazione assunta, non produce però un vincolo efficace e civilmente obbligatorio. Essa rimane allo stato e col carattere di un semplice *progetto*, mentre il consenso vero e valido al matrimonio non può essere dato che al momento stesso della celebrazione, e in quel momento deve essere perfettamente libero. Come progetto adunque, questa promessa lascia sempre facoltà alle parti di recederne.

Non che la legge disconosca l'obbligazione naturale che nasce da quell'accordo nella volontà dei contraenti, ma le nega l'aiuto della sanzione civile. E lo nega per uno scopo d'alto interesse sociale; affinchè cioè, in un atto di tanta importanza, qual è il matrimonio, sia guarentita fino al momento della sua celebrazione la massima libertà nel consenso delle parti.

Appare da ciò quanto lungi dal vero vadano taluni, i quali pretenderebbero potersi applicare alla promessa di futuro matrimonio le regole comuni delle obbligazioni nascenti da convenzione, il cui oggetto consista in un fatto.

Ne risulta eziandio giustificato perfettamente ciò che l'art. 53 aggiunge, dopo aver detto che la promessa scambievole di futuro matrimonio non produce obbligazione legale di contrarlo, che cioè non produce nemmeno l'obbligazione legale *di eseguire ciò che si fosse convenuto pel*

caso di non adempimento della promessa. La *clausola penale* aggiunta ad una obbligazione non può, infatti, essere civilmente efficace fuorchè quando sia produttiva di pieno effetto giuridico l'obbligazione principale a cui accede (articolo 1210, cod. civ.).

E per la stessa ragione non potrebbe neppure ammettersi in favore dello sposo, verso il quale fosse senza giusti motivi rimasta inadempita la promessa di futuro matrimonio, il diritto a ritenere la *caparra* che per garanzia di quella promessa gli fosse stata data dall'altro sposo; poichè anche le caparre non sarebbero che prestazioni *convenute pel caso di non adempimento della promessa*, alle quali l'art. 58 nega efficacia.

Ne risulta anche da ultimo che tale promessa non potrebbe prestare fondamento ad una opposizione al matrimonio che il promesso sposo intendesse di contrarre con altra persona, mentre d'altronde le persone dalle quali la opposizione può procedere e le cause per cui può farsi sono dalla nostra legge determinate *in modo tassativo* (art. 82 e seguenti, cod. civ.).

25. Un'altra conseguenza del non potersi considerare come contratto civilmente obbligatorio la promessa di futuro matrimonio, sarebbe che a tale promessa non fosse applicabile la regola generale che leggiamo nell'art. 1218, codice civ., che cioè " chi ha contratto un'obbligazione, è " tenuto ad adempierla esattamente e *in mancanza al risar-* " *cimento dei danni* „.

Se infatti la parte mancante alla promessa potesse essere costretta a risarcire i danni, non vi sarebbe ragione per negare efficacia, come la nega l'art. 53, alla clausola penale; mentre questa non è stabilita appunto se non come *compensazione convenzionale dei danni per l'inadempimento dell'obbligazione principale* (art. 1212, cod. civ.).

L'art. 54 del codice ammette però, in parte almeno, una massima contraria; imperocchè stabilisce che il promet-

tente, il quale senza giusto motivo ricusi di eseguire la fatta promessa, sia obbligato, quando concorrano certe circostanze dall'articolo stesso determinate, " *a risarcire l'altra " parte delle spese fatte per causa del promesso matrimonio* ", il che corrisponde appunto ad un risarcimento, almeno parziale, dei danni.

Senonchè rimane con questo insoluto e discutibile un punto difficile, e a cui possono connettersi conseguenze gravi di applicazione. — Quale è il fondamento, ossia il titolo giuridico, dell'obbligo del rimborso parziale ammesso dall'art. 54?

La questione (come abbiamo già accennato) fu sollevata anche dalla dottrina francese, nel silenzio completo di quel codice sul valore giuridico degli sponsali. E mentre, ammettendo in più o meno larga misura l'azione di risarcimento contro la parte inadempiente, taluni ne riponevano il principio in una *colpa contrattuale*, altri pensavano invece che il rifiuto di eseguire la promessa di matrimonio obbligasse ai danni, solo come *fatto dannoso*, a senso dell'articolo 1382 (1151, cod. civ. Ital.) (1).

I lavori preparatorii del nostro codice non offrono lumi sufficienti per risolvere il dubbio: poichè nelle discussioni della Commissione di coordinamento fu solo dichiarato che: " È giusto che chi manca ad una promessa scritta di ma" trimonio risarcisca almeno l'altra parte delle spese che " le ha causato, principio questo ammesso da tutti i co" dici " (2). Concetto il quale potrebbe riferirsi così ad una colpa contrattuale, come ad una colpa per quasi-delitto.

Come già nella prima edizione di quest'opera (3) aderiamo, per parte nostra, alla dottrina che, di fronte al codice Italiano, considera il rimborso ammesso dall'art. 54 come basato sui principii della responsabilità per fatto il-

---

(1) Cf. sopra, n. 23, pag. 87.
(2) Verbale n. 6, § 2.
(3) T. II, n. 19.

lecito, anzichè su quelli relativi ai contratti. Pure essendo dichiarata nulla la promessa di futuro matrimonio, si comprende come il fatto di chi, senza giusto motivo, ma solo per leggerezza o per cupidigia di maggiore interesse, abbandona il progetto di un matrimonio formalmente promesso, può causare all'altra parte, insieme ad un'onta immeritata, danni anche pecuniari gravissimi, la *causa* dei quali risiede unicamente nella condotta sleale dello sposo infedele. E se la legge, rispettando fino allo scrupolo la libertà delle nozze, esclude il diritto al completo risarcimento di quei danni " *ne vinculo poenae matrimonia obstringantur* ", se quindi non può parlarsi di azione per la esecuzione diretta od indiretta di quella promessa, giustizia ed equità non consentono però che la parte offesa e pregiudicata da un abbandono capriccioso debba sopportare a proprio carico anche le diminuzioni di patrimonio più dirette e più facili a constatarsi.

Tale è tuttora, a veder nostro, la spiegazione più naturale e fondata della massima contenuta nell'art. 54. Ma da alcun tempo è venuta svolgendosi in Italia la dottrina contraria, che attribuisce al rimborso in esame un fondamento contrattuale. A sostegno di questa dottrina, si parte dalla idea che la legge, nell'art. 53, dichiara bensì inefficace la promessa di matrimonio, ma solo per l'effetto di *contrarre* il vincolo matrimoniale, non già per ricusarle qualunque valore giuridico; che, in altri termini (sia per la lettera, sia per il concetto dell'art. 53) la promessa del matrimonio costituisce in realtà una obbligazione *valida*, per l'effetto *limitato* del rimborso delle spese che ne siano occasionate. E si osserva, a rinforzo di questa interpretazione, che se all'opposto il fondamento di quest'obbligo di rimborso si voglia riporre nel principio generale dell'art. 1151, non si fa che incorrere in un circolo vizioso, per la ragione che, secondo questo principio, un fatto dell'uomo, per obbligare a risarcimento, deve essere, non soltanto dannoso, ma altresì *illecito;* e illecito non può ritenersi il desistere da un

matrimonio promesso, se non presupponendo che la promessa medesima abbia un qualche valore di legame giuridico, mentre altrimenti dovrebbe dirsi che *neminem ledit qui jure suo utitur;* sicchè, escludendo il valore convenzionale della promessa di matrimonio, neppure colla regola generale dell'art. 1151 potrebbe spiegarsi l'obbligo di rimborso di cui è parola nell'art. 54 (1).

Tale dottrina si presenta con una grande apparenza di vero; ma, precisamente, ci sembra che in essa l'apparenza sia maggiore del vero. Certamente non si può negare che il titolo al rimborso delle spese risalga alla *promessa* di matrimonio; giacchè la parte resta tenuta a rifonderle, non per il solo fatto di non avere contratto il matrimonio, ma per averlo precedentemente promesso e poi rifiutato. Resta a vedere però in quale aspetto giuridico debba essere considerata la promessa medesima, in quanto serve di base alla domanda di rimborso. Mantiene essa il carattere di convenzione, efficace per questo oggetto, o viene a convertirsi semplicemente in un fatto riprovevole? A noi sembra non difficile la soluzione. Dal momento che la promessa non ha valore giuridico per quello che sarebbe l'*oggetto* suo principale, come concepire che mantenga il carattere di convenzione per l'effetto secondario, e inoltre isolato, del rimborso delle spese? E come dire, in conseguenza, che questo rimborso abbia la sua causa nell'accordo diretto delle parti? — Nei contratti comuni si comprende che il risarcimento dei danni si consideri dovuto in base alla volontà delle parti; perchè, essendo questi validi ed obbligatori anzitutto pel loro oggetto proprio, il risarcimento dei danni non è che la sostituzione di tutto ciò che è mancato all'una delle parti, pel non conseguimento dell'oggetto medesimo. Ma qui, dove all'opposto la convenzione è nulla per quello scopo che le parti hanno principalmente in vista,

---

(1) Cf. Borsari, *Comm. Cod. civ.*, I, art. 54, § 197; Fiore, ed altri op. cit., II, 232; Chironi, *La colpa contrattuale,* Torino 1884, n. 251.

bisognerebbe ammettere (volendo conservare alla promessa di matrimonio il carattere di *convenzione*) che il contenuto di questa convenzione si limitasse al rimborso delle spese, ossia che le parti abbiano contrattato precisamente per questo particolare oggetto. Il che, quanto inutile, tanto si appalesa contrario alla vera intenzione dei promettenti; perchè quella convenzione, che è legalmente nulla come promessa di matrimonio, verrebbe a convertirsi in una promessa di eventuale rimborso delle spese. — Ecco perchè diciamo inammissibile l'idea che sia un'*azione contrattuale* quella concessa dall'art. 54.

Ritenuto però che restino estranei all'attuale argomento i criteri del risarcimento contrattuale, non ne consegue, in senso inverso, che siano applicabili senz'altro, anche in questa materia, tutte le disposizioni del codice relative ai delitti ed ai quasi-delitti. Così, per esempio, non reputeremmo accettabile la massima ritenuta in qualche sentenza che la promessa di matrimonio fatta e poi non mantenuta da un minorenne (autorizzato a senso dell'art. 54) renda responsabile in proprio il genitore di lui, pel rimborso delle spese, a termini della regola generale sancita nell'articolo 1153 (1). La responsabilità indiretta, di cui parla l'art. 1153, essendo fondata sopra una *presunzione legale di colpa* imputabile alla persona, che appunto perciò è obbligata a rispondere del fatto altrui, presuppone come condizione indispensabile che la persona predetta, esercitando su quella da lei dipendente la sorveglianza a cui sarebbe stata tenuta, avesse potuto impedire che il fatto dannoso ad altri si verificasse: del quale principio è infatti una conseguenza ciò che è disposto nell'ultimo paragrafo dello stesso art. 1153. Or come mai può essere imputabile a colpa del genitore il fatto d'ommissione del figlio minorenne che ricusi di eseguire la promessa di matrimonio? L'esercizio

---

(1) Così la Corte di Genova, con sentenza del 7 giugno 1889 (*Temi Genovese*, I, 418).

dei poteri della patria podestà non gli dà certamente i mezzi per impedire quel fatto, costringendo il figlio ad adempiere la promessa.

In una sola ipotesi potrebbe forse sostenersi l'estensione ai genitori dell'obbligo di rimborsare le spese previste nell'art. 54; cioè quando fosse *provato* che il genitore medesimo, *senza giusti motivi*, avesse distolto il figlio minorenne dal mantenere la promessa del matrimonio, che questi fosse stato disposto a contrarre. Ma in tal caso non si tratterebbe più di una responsabilità indiretta, pel fatto del figlio, in applicazione dell'art. 1153, ma piuttosto, secondo l'art. 1151, della responsabilità immediata pel fatto proprio, che potesse considerarsi come ingiustamente dannoso ad altri.

26. È manifesto intanto come la disposizione del nostro art. 54 si contenga, in ordine ai danni dei quali si può chiedere il risarcimento, entro limiti più ristretti di quelli che porterebbe l'applicazione del principio generale sancito nell'art. 1151; giacchè si parla qui soltanto del rimborso delle *spese fatte per causa del promesso matrimonio*.

Che siasi inteso veramente di limitare il risarcimento esclusivamente e tassativamente a queste spese, basterà a provarlo il ricordare, che sul primo progetto *Cassinis*, il quale conteneva una disposizione somigliante, più d'una Corte d'appello, e quella di Cassazione di Milano, manifestarono l'opinione doversi fare luogo al risarcimento di tutti i danni che potessero essere derivati dall'ingiusto rifiuto di eseguire la promessa di matrimonio, non già solo delle spese che in causa di questa promessa fossero state sostenute. E mentre nel secondo progetto *Cassinis* erasi tenuto conto di questa osservazione, nel successivo progetto *Miglietti* si ritornò poi all'anteriore proposta di limitarsi al solo risarcimento delle spese; proposta che poscia non subì più veruna modificazione, nè obbiezione, sia nel progetto

Pisanelli e in quello concordato colla Commissione Senatoria, sia nella discussione seguìta davanti la Commissione coordinatrice.

Quantunque il sistema così adottato sia stato segno anche dopo a censure abbastanza vive, non mancano però gravi ragioni per giustificarlo. Il legislatore non doveva perdere di vista il grande interesse sociale di mantenere perfettamente illesa, fino al momento della celebrazione, la più completa libertà nel contrarre il matrimonio. Ora questa libertà avrebbe potuto essere gravemente alterata dalla minaccia d'essere soggetto a risarcimento dei danni in genere (1), attribuibili al rifiuto ingiusto di eseguire la promessa; danni la cui valutazione, per sè stessa talvolta difficilissima, perchè dipendente da criteri morali piuttosto che di fatto, avrebbe dovuto essere abbandonata all'apprezzamento dei giudici, e avrebbe potuto salire a somme di molta entità. Il contrario avviene limitando il risarcimento alle sole spese fatte effettivamente per causa del promesso matrimonio. Di esse è facile l'accertamento, che nulla abbandona all'arbitrio; e la entità non può esserne generalmente molto grave. L'imporre questo risarcimento non pregiudica dunque alla libertà delle nozze, mentre d'altra parte rende giustizia alla persona verso la quale la promessa di matrimonio rimane ingiustamente inadempita, evitandole almeno di subire una perdita reale, una diminuzione effettiva nel proprio matrimonio.

Riassumendo adunque, è certo per noi, ed è anche bastantemente giustificato, che lo sposo, al quale sia ingiustamente ricusato l'adempimento della promessa fattagli di matrimonio, potrà ripetere il rimborso di qualunque spesa egli abbia sostenuto per causa di quella promessa; nè vi sarà da distinguere quale sia l'oggetto di tali spese, purchè sempre sia dimostrato che la causa unica o princi-

---

(1) Si ricordi il testo sopracitato: " Inhonestum visum est vinculo poenae " matrimonia obstringi ".

pale per cui furono incontrate fu quella promessa di matrimonio, senza la quale non sarebbero state fatte; così spese di viaggio, di contratto, di pubblicazioni, di dispense dagli impedimenti di parentela e di affinità o dall'impedimento di età, di dispensa dalle pubblicazioni, di acquisti fatti e divenuti inutili, ecc. Ma è certo altrettanto che non potrebbesi domandare la riparazione d'altri danni; fossero poi essi *danni morali*, producenti però anche conseguenze d'interesse pecuniario, come per es. il pregiudizio nella riputazione, la difficoltà di trovare un altro collocamento, ecc., o fossero anche danni materiali, come la perdita d'un impiego, che il promesso sposo avesse abbandonato in vista del prossimo matrimonio; poichè le perdite di questa natura non rientrano evidentemente nella locuzione di *spese*, come non rientrano poi nel concetto limitativo a cui è inspirato l'art. 54.

27. Affinchè però si apra l'azione per poter chiedere, a tenore di questo art. 54, il risarcimento delle spese fatte per causa del promesso matrimonio, è necessario in questa promessa il concorso di diverse condizioni determinate dal predetto articolo.

Di tali condizioni alcune sono *intrinseche*, riferendosi alla capacità personale delle parti all'atto della promessa, e alla causa per la quale siasi ricusato di adempirla. Altre invece sono *estrinseche*, concernendo unicamente la forma in cui la promessa deve essere stata fatta.

Nel primo ordine, la legge vuole: 1° che la promessa sia stata fatta da persona *maggiore di età*, o se minorenne. *autorizzata* da coloro il cui consenso sarebbe necessario pel matrimonio; 2° che sia *senza giusto motivo* il rifiuto di contrarre il matrimonio promesso.

Nel secondo ordine, si esige che la promessa sia stata fatta *per atto pubblico o per scrittura privata*, oppure consti *dalle pubblicazioni ordinate dall'uffiziale dello stato civile.*

Dato poi anche il concorso di queste condizioni, l'azione

pel risarcimento delle spese non è esercibile per tutto il tempo stabilito alla prescrizione delle azioni ordinarie; ma è subordinato ad un termine speciale e assai breve di decadenza.

Di ciascuno di questi punti diremo ora, per quanto sia necessario alla intelligenza completa dell'art. 54.

28. Quanto alle condizioni intrinseche, la legge richiede, come già si è detto, una certa *capacità personale* nella parte che ha fatta la promessa di matrimonio. Ma, oltre a questa, sarà o no necessaria *la validità del consenso*, secondo i principii comuni, cioè la sua esenzione dai vizi di errore o violenza?

Malgrado il silenzio della legge, la risposta non pare difficile. Sia pure che per la responsabilità delle spese occasionate dalla promessa non mantenuta di matrimonio, questa debba considerarsi meno col carattere di convenzione, che con quello di un fatto illecito (cf. sopra, n. 25). Ma in ogni modo la promessa medesima, per produrre quell'effetto, deve senza dubbio avere il carattere di un atto *volontario;* ed è anzi soltanto in ragione di questa volontarietà dell'atto che la legge esige poi la capacità personale del promittente. Quindi tutte le cause, permanenti o transitorie, le quali escludano o viziino la intelligenza o la libertà del volere, nell'atto della promessa, avranno naturalmente per effetto di toglierle valore e significato giuridico, anche in ordine alla pretesa di rimborso delle spese, nel caso di successivo rifiuto. Così, ad esempio, se la promessa, pure regolare nella forma, fosse stata data da persona effettivamente alienata di mente (benchè non interdetta), oppure nello stato di piena ebbrezza, oppure sotto l'influenza di un errore o di una violenza. In tutto ciò non potranno applicarsi che i principii generali di diritto; tenuto conto di ciò, che siffatti vizi della volontà nell'atto della promessa saranno in sostanza da valutarsi come cir-

costanze che rendano legittimo, anzichè ingiusto, il rifiuto posteriore al matrimonio (1).

Venendo ora alla capacità personale, si richiede che il promettente sia stato *al tempo della promessa maggiore di età*, o se minore sia stato *legalmente autorizzato*.

Anche in questo, come in ciò che riguarda l'oggetto del risarcimento (2), troviamo una nuova limitazione alle regole comuni, fatta in favore della pienissima libertà nel contrarre il matrimonio.

Secondo i principii generali non è necessaria nessuna particolare condizione di capacità civile per obbligarsi in forza di delitto o di quasi-delitto. Basta che un fatto illecito o dannoso ad altri sia *imputabile* al suo autore, vale a dire che quel fatto possa considerarsi come il risultato d'una libera determinazione da parte sua, perchè chi lo commise ne sia responsabile e debba risarcirne il danno, ancorchè per la sua condizione personale fosse incapace ad assumere obbligazioni contrattuali (art. 1306, cod. civ.). Applicando pertanto in tutto il suo rigore questa teoria, l'incapace ad obbligarsi, il minore ad esempio, che, senza le formalità abilitanti, necessarie ad integrare la sua capacità personale a contrarre matrimonio, ne avesse fatta con pieno discernimento la promessa, alla quale mancasse poi senza giusto motivo, dovrebbe essere tenuto a quel risarcimento che la legge ammette come limitata applicazione del principio generale riconosciuto nell'art. 1151 del codice civile.

Ma ciò non si volle dal legislatore, il quale pensò che la promessa emanata da un minore d'età, quantunque agente con discernimento, potrebbe spesso essere il frutto d'irriflessione e di quella precipitazione di propositi, dominati troppo dalle passioni, che è propria di una età non abbastanza matura; nè si volle permettere che in una pro-

---

(1) Cf. appresso, n. 30.
(2) Sopra, n. 26.

messa fatta in tali circostanze avesse a prendere fondamento l'obbligo di risarcire le spese, il quale obbligo potrebbe indurre ad effettuare contro la propria inclinazione una promessa sconsigliatamente fatta.

Le espressioni usate nell'art. 54 lasciano dubitare se esso intenda di riferirsi alla *maggiorità ordinaria* per tutti gli atti della vita civile, a quella che *è fissata agli anni ventuno compiti* (art. 323, cod. civ.), ovvero a quella *maggiorità speciale* che è stabilita pel matrimonio; a contrarre il quale è capace l'uomo che abbia compiuti gli anni diciotto e la donna che abbia compiuti i quindici, salvo in ogni caso pel minore di ventun'anni il bisogno del consenso dei genitori, e in loro mancanza degli avi, e in mancanza anche di questi, del Consiglio di famiglia o di tutela, e salvo che, pel figlio, ancorchè maggiore di ventun'anni, se non abbia compiuti i venticinque ed abbia superstiti il padre e la madre, od uno di essi, si richiede pure il consenso di questi genitori (art. 53, 63 al 66, cod. civ.).

Il dubbio, appena proposto, è già sciolto dalle espressioni testuali della legge, allorchè si tratti di un minore di ventun'anni, il quale però sia per età capace a contrarre matrimonio; giacchè l'art. 54 dice chiaramente che questi non sarà obbligato a risarcire le spese causate dalla promessa di matrimonio, a cui egli abbia mancato senza giusto motivo, se non *quando tale promessa sia stata fatta coll'autorizzazione delle persone il cui consenso è necessario per la celebrazione del matrimonio.*

Ma quale massima dovrassi abbracciare allorchè si tratti di un maggiore di ventuno e minore di venticinque anni, il quale avendo viventi e capaci a manifestare la loro volontà il padre e la madre, od uno di essi, abbia promesso il futuro matrimonio senza la loro autorizzazione? Mancando a quella promessa, potrà egli o no essere tenuto, a termini dell'art. 54, al risarcimento delle spese? A questo riducesi veramente la presente quistione. Nella quale è a notarsi che si prescinde affatto dall'indagine se il rifiuto

dei genitori a prestare l'assenso possa essere addotto come *giusto motivo* di non eseguire la promessa di matrimonio, per parte del minore di venticinque anni che abbia fatta quella promessa dopo avere compiuto il ventunesimo. È questa un'altra questione, della quale sarà accennata fra breve la facilissima soluzione (1). Per ora vuolsi indagare soltanto, se il promettente, richiesto del risarcimento delle spese possa difendersi, allegando che la promessa fu fatta da lui in età minore di venticinque anni e senza l'autorizzazione dei genitori, quand'anche non sia provato che questi abbiano rifiutato e persistano a rifiutare il loro consenso al matrimonio, in modo da divenire impossibile l'adempimento della fatta promessa.

Posta così la questione, bisogna riconoscere che le parole in cui è formulato l'art. 54 non presenterebbero elementi bastanti a risolverla. La legge parla della *promessa* fatta *dal maggiore di età o dal minore autorizzato dalle persone, il consenso delle quali è necessario per la celebrazione del matrimonio.* E quest'ultima espressione potrebbe bene riferirsi al maggiore di ventuno e minore di venticinque anni, che abbia riportato l'autorizzazione dei genitori, come potrebbesi ugualmente riferire al *minore di ventun'anni* che abbia agito col consenso dei genitori, o degli avi, o del Consiglio di famiglia o di tutela, contrapponendolo a chi abbia raggiunto la *maggiorità ordinaria di ventun'anni.*

Sembra però facile di persuadersi che quest'ultimo sia stato veramente il senso in cui l'art. 54 ha inteso parlare del *maggiore di età* e del *minore autorizzato.*

Innanzi tutto, quando la legge parla di *maggiore o minore di età,* senza altra indicazione che ne restringa il significato, deve intendersi che si riferisca alla maggiorità e minorità ordinaria, a quella che vien presa in considerazione per tutti gli atti della vita civile.

Inoltre l'applicazione di questa regola al caso nostro è

(1) Appresso, n. 30 in fine.

anche consigliata da ragioni gravi ed intrinseche, e dalle più sane regole d'interpretazione. Perchè mai un maggiore di età, pienamente capace a tutti gli atti ordinari della vita civile, sarebbe sottratto alla responsabilità del danno effettivo ch'egli cagiona col mancare alla propria promessa, quando d'altronde non può addurre nessun giusto motivo di questa mancanza? Perchè se ne esimerebbe, fondandosi sulla sola circostanza che non devenne a quella promessa coll'autorizzazione dei genitori, i quali avrebbero avuto a concorrere col loro consenso per la celebrazione del matrimonio? Senza il concorso di quelle persone gli era impossibile, è vero, il dare esecuzione alla promessa. Ma che perciò? Non si tratta qui di costringere il promettente ad eseguirla; non si tratta nemmeno di obbligarlo, secondo l'art. 1218, cod. civ., a risarcire il danno derivante dall'inadempimento d'una obbligazione convenzionale; ma si tratta di un indennizzo dipendente da quasi-delitto (1), *dal fatto* cioè di una promessa di futuro matrimonio, che fu cagione di danni reali, di una ingiusta diminuzione di patrimonio in pregiudizio della persona alla quale la promessa fu data.

Se dunque un maggiorenne fu autore di un tal fatto, e se egli non giustifica in verun modo il suo rifiuto di eseguire la promessa, ragion vuole ch'egli sia soggetto almeno a quella parziale riparazione che la legge ha ammesso in favore della parte, alla cui fede egli manca.

D'altronde, non dimentichiamolo, è già una limitazione eccezionale che il minore di età non autorizzato non sia responsabile dei danni derivanti da questo suo *quasi-delitto* di mancare alla promessa fatta di futuro matrimonio. La ragione e le regole più certe d'interpretazione vietano di estendere questa eccezione, come la si estenderebbe se non si ritenesse sufficiente per l'obbligo di risarcimento la maggiorità ordinaria nel promettente, ma si esigesse quella

---

(1) Sopra, n. 25.

maggiorità speciale, alla più avanzata età di venticinque anni, che è stabilita per potere contrarre matrimonio senza il consenso dei genitori.

Sembra dunque abbastanza fermamente stabilito, che parlandosi nell'art. 54 di età maggiore e minore, s'intende riferirsi alla maggiorità e minorità ordinaria, di ventun'anni; e che perciò il maggiorenne il quale avesse fatta promessa di matrimonio prima di aver compiuto il venticinquesimo anno senza aver riportata l'autorizzazione dei genitori, sarebbe ciò non ostante tenuto al rimborso delle spese nel caso contemplato dal detto art. 54, a meno che provasse qualche giusto motivo dell'inadempimento di sua promessa, come potrebb'essere, fra l'altro, il rifiuto stesso dei suoi genitori di consentire al progettato matrimonio.

Parlando in genere del *minore*, pel quale richiedesi che egli sia stato autorizzato alla promessa dalle persone, il cui consenso è necessario al matrimonio, vi si comprende anche il *minore emancipato;* pel quale infatti stanno pure, se anche in minor grado, le considerazioni sopra avvertite, che hanno indotto il legislatore a questa disposizione.

29. Circa la capacità personale, l'art. 54 parla soltanto della età maggiore del promettente. Resta dubbio quindi se altre cause di incapacità, come lo stato di interdizione o di inabilitazione, debbano avere il medesimo effetto, per escludere l'obbligo del rimborso delle spese. L'affermativa fu già insegnata da uno scrittore nostro, argomentandosi dal principio generale, che gli interdetti e gli inabilitati sono incapaci di *obbligarsi* (cf. art. 1106, cod. civile) (1). Sotto questo punto di vista, noi dobbiamo respingere la deduzione, avendo accettato il criterio che la promessa non mantenuta di matrimonio obbliga al rimborso

---

(1) Pacifici-Mazzoni, *Istituz.*, il quale tuttavia mutò avviso nella 2ª edizione, vol. II, n. 100; Borsari, De Filippis, Fiore ed altri, op. cit., non pongono il quesito.

delle spese, non in quanto sia convenzione, ma in quanto deve riguardarsi come fatto illecito; il che rende inapplicabili le norme e le disposizioni di legge che concernono le obbligazioni contrattuali (cf. sopra, n. 25); mentre per le obbligazioni dipendenti da fatto illecito non è necessaria in massima alcuna condizione di capacità *civile* (art. 1306, codice civ.), bastando che il fatto stesso sia *imputabile* alla persona.

L'applicazione di questi principii, nella opinione nostra, procede piana in riguardo allo stato di semplice *inabilitazione* (art. 339, cod. civ.), la quale si fonda su criteri diversi affatto da quelli che regolano la massima speciale dell'articolo 54.

Riguardo invece allo stato di *interdizione*, una ragione di dubitare dipende da ciò che l'interdetto trovasi per condizione giuridica *equiparato ad un minorenne* (cf. art. 329, cod. civ.); talchè può parere logico che, come per questo, così anche per quello, la promessa di matrimonio non produca nemmeno l'obbligo del rimborso delle spese. Vi sono però alcune circostanze le quali escludono veramente la questione proposta. Così se la persona si trovasse non solo nello stato legale di interdizione, ma effettivamente alienata di mente al momento della promessa, l'azione di rimborso sarebbe certo improponibile, per l'ovvia ragione che, a prescindere dallo stato civile di interdizione, il vizio di mente esistente nell'atto stesso della promessa, toglie la imputabilità morale del fatto della promessa (cf. n. precedente). Così pure, se al tempo in cui reclamerebbe pell'azione di rimborso, *perduri lo stato di interdizione*, l'art. 54 sarebbe ancora evidentemente inapplicabile; poichè l'interdetto *non può* contrarre matrimonio (61), nè quindi potrebbe dirsi *ingiusto*, come suppone l'art. 54, il rifiuto di contrarlo.

Il dubbio accennato si restringe quindi all'ipotesi della promessa di matrimonio fatta dall'interdetto dopo il ricuperamento delle sue facoltà mentali (per guarigione o per

lucido intervallo), e susseguita altresì dalla cessazione dello stato civile di interdizione.

E allora, teoricamente, potrebbe dirsi che le stesse ragioni per cui la legge esige la maggiore età del promittente (onde ravvisare nella promessa una *serietà* sufficiente, per la responsabilità delle spese) militano eziandio nel caso della interdizione, considerata come stato civile *permanente* di incapacità agli atti civili; appunto perchè la condizione dell'interdetto non è diversa da quella del minorenne. Però di fronte al diritto scritto, e per l'applicazione testuale dell'art. 54, è da riflettere — ritenuto il principio, trattarsi qui non di un obbligo contrattuale, ma di un obbligo per fatto illecito — che l'esigere il raggiungimento legale della età maggiore implica già una deroga ai principii generali sulla responsabilità pei danni ingiustamente recati, secondo i quali basterebbe la imputabilità morale del fatto (1); e come tale, la norma di legge che la sancisce non tollera una interpretazione estensiva a casi diversi, benchè somiglianti, da quello che in essa è contemplato. E d'altronde se — come supponiamo — il maggiore di età, civilmente interdetto, si trovava all'epoca della promessa nel possesso pieno delle sue facoltà mentali, e se inoltre sia cessato attualmente anche lo stato civile della interdizione, quale ragione di giustizia intrinseca vi sarebbe per esonerarlo da ogni responsabilità per le diminuzioni di patrimonio capricciosamente procurate ad altri?

30. La seconda condizione intrinseca richiesta per l'applicazione dell'art. 54, cioè che il rifiuto a contrarre il matrimonio promesso sia *senza giusto motivo*, comporta per sua natura un largo potere di apprezzamento nei magistrati. La giustizia del rifiuto non potendo, come è ovvio, essere valutata in modo astratto ed assoluto, ma solo in senso *relativo* alle persone e alle circostanze, diviene neces-

---

(1) Cf. sopra, n. 28.

sariamente una questione di puro fatto, la cui soluzione può dipendere da mille particolarità, nei casi concreti, senza che possano stabilirsi in proposito regole costanti ed uniformi. Come criterio direttivo, può dirsi soltanto, che quali giusti motivi di rifiuto dovranno riguardarsi sia le circostanze che verificatesi *nella persona del recedente*, nel suo stato di famiglia, o nella sua posizione, rendano ineseguibile per sè stessa da parte di lui la promessa di matrimonio: sia le circostanze che sopraggiunte o scoperte dopo *nella persona dell'altro sposo*, modifichino lo stato delle cose in guisa da potersi affermare, che la promessa non sarebbe avvenuta in presenza o in conoscenza di quelle circostanze; come sarebbe una condanna, un fallimento, una infermità abituale, ecc. In sostanza, basta che i giudici di merito possano convincersi che la desistenza dal matrimonio è il risultato di una seria riflessione, non della mera incostanza o del capriccio.

Fu, in particolare, sollevato il dubbio se come *giusto motivo* di ricusare l'eseguimento della promessa di matrimonio dovesse riguardarsi anche il rifiuto dei genitori del promettente, a prestare l'assenso loro che fosse necessario; al punto che a qualcuno tra i componenti la Commissione di coordinamento parve di scorgere un'antinomia tra gli art. 63 e 72 del progetto, corrispondenti agli art. 54 e 63 del codice, in quanto che " il primo dei detti articoli attri-
" buisce indistintamente alla promessa di matrimonio fatta
" da chi sia maggiore d'età l'effetto di obbligarlo a risar-
" cire l'altra parte delle spese cagionate, mentre il secondo
" stabilisce che il figlio maschio, ancorchè maggiore di
" età, non può contrarre matrimonio senza il consenso dei
" genitori sino a che abbia raggiunta l'età d'anni venti-
" cinque ".

Ma fu risposto che il dissenso dei genitori, nell'addotto caso, *rendendo impossibile legalmente* di contrarre il divisato matrimonio, chi ne aveva fatto promessa non sarebbe certamente tenuto a risarcire le spese, essendosi ben lungi

dal poter dire ch'egli mancasse *senza giusto motivo* alla fatta promessa (1).

31. In quanto alla forma estrinseca in cui debba essere fatta la promessa di matrimonio affinchè possa derivarne, nei casi previsti dall'art. 54, l'obbligo di rimborsare le spese fatte per causa di quella promessa, la nostra legge considera come assolutamente inefficace la promessa puramente verbale. Da una parte interessava assicurarsi che la promessa fosse stata formale e data con quella ponderazione e serietà che in un atto di tale natura doveva richiedersi. Dall'altra l'ammettere in questa materia prove non scritte, le testimonianze e le presunzioni, avrebbe potuto aprire la via a scrutare segreti di famiglia i più gelosi, e che anche la morale e la decenza pubblica consiglia che non si cerchi di svelare in una pubblica discussione davanti ai tribunali.

Perciò si è richiesto che la promessa di futuro matrimonio risulti *da atto pubblico o da scrittura privata o dalle pubblicazioni ordinate dall'uffiziale dello stato civile*. E quest'ultimo caso si è parificato a quello in cui la promessa sia stata fatta *per atto pubblico*, perciocchè l'uffiziale dello stato civile ordina le pubblicazioni del matrimonio sulla richiesta che gliene è fatta dalle parti, e questa richiesta stessa contiene appunto gli elementi di una promessa formale di matrimonio fatta *in atto pubblico*, qual' è quello che è ricevuto dall'uffiziale dello stato civile.

Richiedendosi come condizione necessaria, per dare diritto al rimborso delle spese causate dalla mancata promessa di matrimonio, che questa sia stata fatta per atto pubblico o per scrittura privata, ne deriva che, non solo non sarebbe ammissibile la prova testimoniale, non ostante che potesse addursi un *principio di prova per iscritto* (vedi

---

(1) *Verbali della Commissione coordinatrice*, n. 7, § 1 (seduta 21 aprile 1865).

art. 1347, cod. civ.), ma nemmeno potrebbesi prevalersi della confessione emessa dall'altra parte, nè deferirle sul fatto della promessa verbale il giuramento (art. 1364). — Infatti non è per fine di *prova* soltanto che siasi richiesta la scrittura, ma acciocchè ne risulti quella ponderazione e serietà nella promessa, per cui eccezionalmente e non ostante il proposito di lasciare sempre la massima libertà alle parti nel contrarre matrimonio fino alla celebrazione di esso, si è attribuito alla promessa medesima questo limitato effetto di obbligare al rimborso delle spese il promittente che ingiustamente manchi alla data fede.

Contentandosi della scrittura privata, la legge non ne prescrive poi nessuna forma speciale: sicchè basterebbe che la promessa fosse contenuta anche in una semplice lettera missiva.

Parimente non distingue la legge come sia stata fatta la richiesta delle pubblicazioni, in seguito alla quale l'uffiziale dello stato civile le abbia ordinate.

Ancorchè pertanto la richiesta fosse provenuta dal padre o dal tutore dello sposo, come ve li abilita l'art. 73 del codice civile, ciò basterebbe per considerare come accertata in atto pubblico la promessa di matrimonio, essendochè il padre o il tutore agiscono in ciò come *mandatari legali* dello sposo, ed in forza della promessa di matrimonio che si suppone fatta precedentemente da lui. Ben s'intende che a questa presunzione potrebbesi opporre prova contraria; e che colui in nome del quale, dal padre o dal tutore suo, fossero state richieste le pubblicazioni, potrebbesi esimere dall'obbligo di rimborsare le spese fatte per causa di questo progetto di matrimonio, qualora provasse essere stata fatta senza suo assenso quella richiesta.

32. Verificandosi il concorso delle condizioni fin qui dimostrate, e nata quindi che sia l'azione per chiedere il rimborso delle spese fatte per causa del promesso matrimonio, quest'azione però non dura ineccepibile per tutto

il tempo necessario ad estinguere colla prescrizione le altre azioni ordinarie, cioè per trent'anni (art. 2135, cod. civ.).

Nel paragrafo secondo dell'art. 54 si è stabilito che " la " domanda però non è più ammissibile dopo un anno dal " giorno in cui la promessa doveva essere eseguita „, secondando così l'esempio del codice Prussiano e la proposta di alcune Corti di appello, le quali chieste di esporre l'avviso loro sul progetto *Cassinis*, osservarono che " manca " qui il fondamento giuridico della lunga prescrizione cui " vanno in generale soggette le azioni personali „.

Le ragioni stesse che consigliarono a limitare al puro rimborso delle spese il diritto al risarcimento dei danni, e la convenienza di non far pendere a lungo sul capo dello sposo, che ha infranto la propria promessa, la minaccia di trarlo in giudizio per fargli subire le conseguenze legali della sua mancanza, minaccia che insistendo avrebbe talvolta potuto riuscire a fare violenza alla sua libertà nel contrarre il matrimonio, la convenienza in fine di non lasciare lungamente nella incertezza interessi così dilicati, riflettenti anche l'onore e la pace delle famiglie; tutto ciò ha indotto il legislatore a fissare il breve termine di un anno. Il quale, pei fini pei quali è stabilito, non sembra che debbasi riguardare come una vera *prescrizione* più breve dell'ordinaria, ma come un semplice *termine*, la cui osservanza è condizione indispensabile per l'esercibilità dell'azione, la cui infrazione porta quindi necessariamente *decadenza dal diritto;* sicchè l'anno correrebbe, e compiuto produrrebbe l'inammissibilità della domanda in rimborso delle spese, quand'anche l'attore fosse minore non emancipato o interdetto (cf. art. 2120, cod. civ.), salvo a lui di potersi rivolgere contro chi aveva la sua rappresentanza, per ottenere il risarcimento che per negligenza di costui non fosse stato richiesto alla persona che vi era obbligata.

La decorrenza di questo termine di un anno è poi stabilita *dal giorno in cui la promessa doveva essere eseguita*, perchè da quel giorno soltanto può dirsi verificata la ine-

secuzione della promessa, e sorta quindi l'azione pel risarcimento. Che se poi non fosse stato fissato termine preciso per la celebrazione del matrimonio, l'anno decorrerebbe dal giorno in cui si provasse essersi verificato il rifiuto dell'adempimento della promessa.

CAPO II.

Delle condizioni necessarie per contrarre matrimonio.

NOZIONI GENERALI

SOMMARIO. — 33. Idee generali sui requisiti del matrimonio. — Caratteri loro diversi. — Richiamo ed applicazione della teoria relativa alla *inesistenza* e alla *nullità* degli atti. — 34. Posizione e classificazione dei requisiti voluti pel matrimonio. — 35. Concetto e specie degli *impedimenti* al matrimonio. — 36. Partizione della materia di questo capo.

33. A determinare le condizioni, ossia i *requisiti* necessari per contrarre matrimonio, il codice Italiano ha dedicato una sezione apposita, che è la seconda del capo I di questo Titolo (art. 55-69).

Però altri requisiti, relativi alle *formalità preliminari*, alla *celebrazione* del matrimonio, al matrimonio dei *cittadini all'estero* o di *stranieri nel regno*, sono esposti e regolati nei capi successivi (art. 70-81, art. 93-103). Ed anzi fra gli stessi requisiti intrinseci e personali, alcuni (come quelli concernenti la validità del consenso, la impotenza, la interdizione) si trovano contemplati fuori della sezione predetta, e sotto il capo invece concernente le *domande di nullità di matrimonio* (art. 105, 107, 112). E a questo, due altri capi susseguono, per le *disposizioni penali* che guarentiscono la osservanza dei requisiti voluti (art. 123-129), e per le *prove di celebrazione del matrimonio* (art. 117-122).

A parte pel momento l'apprezzare la convenienza di questa ripartizione, si scorge intanto che la materia delle condizioni necessarie per contrarre matrimonio, e degli effetti che derivano dal loro inadempimento, è regolata completamente dalla legislazione positiva; e le norme da essa dettate devono riguardarsi come *tassative*, tali cioè da non potersi considerare come necessari altri requisiti oltre quelli espressamente determinati dalla legge, sia per la validità giuridica del matrimonio, sia per la perfetta regolarità di esso, perfetta in guisa da evitare anche l'applicazione di qualunque sanzione penale.

Nè poteva essere diversamente, trattandosi di una materia troppo grave, troppo essenzialmente attinente all'ordine sociale, per ammettere che un matrimonio contratto potesse essere impugnato per cause e da persone non determinate precisamente ed esclusivamente dalla legge. L'ammetterlo sarebbe stato altrettanto che togliere ogni freno a male passioni, le quali avrebbero potuto spingere a turbare profondamente ed iniquamente la tranquillità e l'ordine delle famiglie, impugnando senza fondamento i matrimoni. Ad intendere rettamente questa massima, e circoscriverne l'applicazione entro i suoi limiti naturali, bisogna però tenere conto d'un principio e d'una distinzione, che già accennammo altra volta, siccome comuni a tutte le convenzioni, a tutti gli atti in generale.

Vedemmo come ogni contratto, ogni atto abbia necessariamente alcuni *requisiti essenziali*, senza i quali esso *non potrebbe esistere giuridicamente*, e la sua formazione non potrebb'essere che apparente: e come, dopo tali requisiti essenziali, altri ancora ve ne possano essere e ve ne siano, prescritti dalla legge come più o meno importanti a raggiungere lo scopo per cui quegli atti o contratti sono regolati dalla legge medesima.

Alla mancanza di tali requisiti essa annette allora effetti più o meno gravi, secondo appunto la maggiore o minore loro importanza relativa allo scopo a cui sono diretti.

Questi effetti consistono talvolta nell'*annullabilità* o nella *rescindibilità* dell'atto imperfetto. L'una differisce dall'altra per la causa che la produce, derivando l'annullabilità da un vizio *intrinseco* dell'atto stesso, come sarebbe l'*errore* o la *violenza* o il *dolo;* mentre la rescindibilità proviene da una circostanza *estrinseca*, come la *lesione* per viltà del prezzo nella vendita (art. 1529, cod. civ.). Ma gli effetti principali sono identici in amendue i casi; epperò le azioni di nullità e di rescissione sono assoggettate generalmente a regole comuni (art. 1300 e seg., cod. civ.). Altre volte invece l'interesse dei requisiti prescritti non essendo neppure tanto grande da motivare l'annullazione o la rescissione dell'atto, la legge si limita ad assicurare l'osservanza delle proprie disposizioni col mezzo di sanzioni penali, ed anche talora non prescrive veruna sanzione speciale, rimanendo così soltanto quelle che sono comuni sempre a tutte le disposizioni legislative; di attribuire cioè alle parti interessate la facoltà di opporsi agli atti che sarebbero contrari alla legge, ed il diritto di chiedere il risarcimento dei danni che siano derivati dal loro compimento.

Da questi principii vedemmo sorgere la distinzione fondamentale fra la *inesistenza giuridica* e la semplice *nullità* degli atti, o come altri dicono, con parole diverse ma in identico senso, fra la *nullità radicale* e la semplice *annullabilità* o *rescindibilità*. Di questa importante e difficilissima teoria ci siamo già occupati altrove (1), dimostrandone il fondamento e le conseguenze gravi e molteplici di effetti giuridici. Tuttavia, come questa dottrina trova precisamente una delle più notevoli sue applicazioni, e insieme una delle migliori riprove, nel tema delle condizioni richieste pel matrimonio, così, più che opportuno, ci sembra necessario il presentarne ora un sommario richiamo.

La distinzione fra i due concetti estremi della *inesistenza* giuridica e della mera *annullabilità* degli atti riesce, colle

(1) Cf. il vol. I, n. 97 e seg., p. 526 e seg.

dimostrazioni già date, non solo certa in sè medesima, ma anche abbastanza facile ad intendersi. È, in sostanza, la differenza medesima che intercede fra ciò che non è, e ciò che è soltanto imperfetto; in questo senso, che l'atto inesistente costituisce una pura materialità di fatto, senza carattere nè significato giuridico, poichè di giuridico non ha che l'apparenza. All'incontro, l'atto annullabile ha una vita giuridica, benchè sia viziato, e quindi impugnabile; sicchè può essere attaccato, e in questo caso rimarrà distrutto anch'esso, colla sentenza dichiarativa (e quindi retroattiva) di nullità, come se mai fosse stato concluso; ma può anche rimanere convalidato, o mediante atto di conferma, o mediante prescrizione estintiva dell'azione di nullità, e in questo caso si troverà purgato del suo vizio, come se fin dapprincipio fosse stato valido.

L'atto inesistente invece non ammette sanatoria, nè di conferma veramente vale (potendosi solo rifare l'atto *ex novo*), nè di prescrizione estintiva; perchè esso è il nulla, e il nulla non può servire di base ad alcun altro atto o avvenimento giuridico. In breve, la differenza fra atto inesistente e atto annullabile, considerata nei suoi effetti, si compendia nella *riparabilità* o meno del difetto con cui l'atto è sorto; e trova poi la sua ragione e causa nell'essere mancanti od infetti gli elementi essenziali ossia costitutivi, rispetto al primo, quelli di sola validità civile, rispetto al secondo. — Dal che tutto deriva che anche l'azione giudiziale e la sentenza hanno necessariamente un significato diverso, secondochè si rivolgano contro un atto inesistente o contro un atto annullabile; poichè nel primo caso non vi può essere necessità, e nemmeno possibilità, di chiedere al giudice che esso *annulli* ciò che è già nullo per sè, e non è mai esistito: ma si domanderà soltanto che il giudice riconosca, puramente e semplicemente, come quell'atto non abbia consistenza reale; nel secondo caso, invece, trattandosi di un atto che ha vita giuridica, benchè sia viziato, è soltanto per effetto della pronuncia giudiziale che l'atto

rimane distrutto, benchè allora con effetto retroattivo; e senza di questa pronuncia l'atto sussiste e produce i suoi effetti, che a nessuno è lecito disconoscere.

Rimane però più difficile e più sottile la distinzione ulteriore (che pure ci lusinghiamo di avere dimostrato) (1) tra la inesistenza giuridica e la nullità di un atto, qualora la nullità medesima sia *assoluta* (cioè deducibile da ogni persona interessata) e insieme *di ordine pubblico*. Anche le nullità assolute e di ordine pubblico infatti non sono suscettibili di essere sanate per mezzo di conferma o di prescrizione dell'azione di nullità stabilita dall'art. 1300; anch'esse possono e devono essere rilevate dai tribunali *d'ufficio* (2). E in questi rapporti pertanto presentano innegabilmente un punto di contatto colla inesistenza giuridica. Ciononostante ne rimangono distinte, non solo sotto l'aspetto logico, e dinanzi al diritto formale pel diverso significato (anche dianzi avvertito) della sentenza che dichiari la inesistenza giuridica di un atto, o ne pronunci invece l'annullamento; ma ne rimangono distinte ancora per altri effetti più concreti e sensibili, i quali si manifestano precisamente in ordine all'istituto del matrimonio. E la differenza è questa: che i requisiti la cui mancanza produce la inesistenza del matrimonio (e in genere di un atto) non hanno d'uopo di alcuna *dichiarazione di legge;* per la ragione ovvia che, essendo essi essenziali e costitutivi per quell'atto, essendo il portato necessario della natura delle cose, non sarebbe nemmeno nell'arbitrio del legislatore di ammetterli o di escluderli; sicchè la enunciazione di essi sarebbe cosa superflua ed inutile. All'opposto, i requisiti la cui mancanza determini soltanto la nullità di un atto (sia pure questa nullità assoluta e di ordine pubblico) possono dipendere unicamente *dalla disposizione della legge*, senza di che mancherebbe il titolo e il mezzo per attaccare l'atto medesimo.

---

(1) Vol. I, n. 97, pag. 542 e seg., e n. 102, pag. 675-678.
(2) Vol. I, n. 107, p. 719-724.

Ciò è indiscutibile, come si vedrà meglio tra breve, in riguardo al matrimonio. Ma non è men vero, per tutti gli atti in genere; perciocchè se, fuori del matrimonio, la dottrina è concorde nell'ammettere di fianco alle nullità *testuali*, quelle che si dicono *virtuali* (cioè risultanti implicitamente dalla legge) (1), questa tacita volontà del legislatore riguarda soltanto la conseguenza e la sanzione della nullità, ma non la necessità del requisito medesimo, dalla cui mancanza la nullità deriva; in altri termini, le nullità virtuali suppongono bensì che la legge abbia omessa la parola " *a pena di nullità* „ od altra consimile, ma suppongono insieme e innanzi tutto che la legge abbia enunciato un precetto, un requisito, la cui importanza e il cui valore porti seco implicitamente, ma necessariamente, la sanzione della nullità (2). — Rispetto alla *inesistenza giuridica* di un atto, invece, neppure occorre che la legge abbia dichiarata la necessità di quei requisiti, dalla cui mancanza quella consegue; poichè sono elementi necessari e sottintesi, sottratti per natura propria al beneplacito del legislatore.

Tutto ciò, dicemmo, trova una conferma evidente, riguardo specialmente al matrimonio, nel testo medesimo del codice.

Esso suppone sempre il matrimonio come contratto tra l'uomo e la donna, ma in niun luogo dichiara espressamente esserne requisito essenziale la differenza di sesso tra i due contraenti, e molto meno pronuncia la nullità del matrimonio nel quale le parti fossero del medesimo sesso; dichiarazione la quale infatti sarebbe apparsa, più che altro, una ridicola ingenuità.

Esso parlando della celebrazione del matrimonio, dice che gli sposi debbono dichiarare personalmente e distin-

---

(1) Vol. I, n. 106, p. 706 e seg.

(2) Aubry et Rau, I, § 37, nª 9, definiscono infatti esattamente le nullità virtuali: " Quelle che risultano unicamente dallo spirito della legge, e si " attengono o al carattere intrinseco o al fine speciale *di determinate disposizioni legislative* „.

tamente la loro volontà di prendersi rispettivamente in marito e moglie (art. 94, cod. civ.), ma non dichiara requisito essenziale il consenso delle parti, e pone fra le cause di nullità i vizi che rendano *non libero* questo consenso (art. 105, cod. civ.), non già la mancanza assoluta di esso (1).

Stabilisce poi che la dichiarazione degli sposi dev'essere fatta *all'uffiziale dello stato civile* in presenza di due testimoni (d.° art. 94, cod. civ.) ed annovera tra le cause di nullità l'essere celebrato il matrimonio *dinanzi ad un uffiziale non competente dello stato civile* (art. 104, § 2, cod. civ.); ma tace completamente del caso in cui nessun uffiziale dello stato civile intervenga, e la dichiarazione degli sposi sia ricevuta e l'unione in matrimonio sia pronunziata da un altro funzionario pubblico o da una persona privata.

Forsechè dovremmo dire per questo che non fosse nullo il matrimonio tra due persone che fossero credute, ma non fossero di sesso differente? Non sarebbe nullo il matrimonio, in cui non difettasse solo di piena libertà, ma mancasse assolutamente il consenso, come quando si fosse per frode sostituita una persona diversa a quella con cui l'altra parte intendeva di congiungersi in matrimonio, o quando si fosse falsamente enunziata nell'atto la dichiarazione d'uno dei comparenti di voler prendere l'altro in marito od in moglie? Non sarebbe nullo, quando una delle parti avesse prestato il consenso trovandosi in uno stato di completa ebbrezza, tale da escludere ogni concorso della volontà? Non sarebbe nullo, se la pretesa celebrazione di esso fosse stata fatta da una persona privata, od anche da un funzionario pubblico diverso dall'uffiziale dello stato civile, anche dal ministro di religione, per quanto in quest'ultimo caso riguarda l'esistenza legale del matrimonio?

---

(1) Manca nel Codice nostro la dichiarazione di massima contenuta nell'art. 145 del Codice francese: “ Il n'y a pas de mariage lorsq'il n'y a point “ de consentement ”.

Sarebbe troppo evidentemente assurdo di ritenere tutto questo.

Ma dunque coll'ammettere invece la nullità del matrimonio, in questi casi non dichiarati espressamente dalla legge, verremo a porci in contraddizione col principio, che la nullità del matrimonio, per ragioni più gravi ancora che per tutti gli altri atti civili in generale, non può essere stabilita fuorchè dalla legge, e che le disposizioni di questa in tale materia devono essere ristrette ai casi espressamente contemplati?

No certamente, poichè quel principio vale per tutti i casi di semplice *nullità* o di *annullabilità* del matrimonio, ma non è riferibile affatto a quelli di *inesistenza giuridica* o nullità radicale di esso: dei quali il codice ha taciuto affatto, abbandonandoli ai principii generali di diritto, mentre non vi sarebbe stata nè opportunità di enunciarli, nè possibilità per lo stesso legislatore di disporre in contrario.

Di questa conclusione, già fondata abbastanza sicuramente nei principii di ragione e nel contesto delle disposizioni del codice, trovansi anche conferme quanto mai solenni nei lavori preparatori del codice medesimo. — Infatti nella relazione (*Vigliani*) della Commissione senatoria sul primo libro del codice (n. 63), leggonsi, a proposito dei requisiti di forma del matrimonio, queste significantissime parole: " Non si deve però confondere l'uffiziale *in-* " *competente* con chi *non abbia affatto la qualità* di uffiziale " dello stato civile. Il matrimonio che si facesse davanti a " una persona qualunque che *non fosse* uffiziale dello stato " civile, e non potesse perciò ricevere e distendere un atto " di matrimonio nei registri, sarebbe *non esistente* anzichè " *nullo*. Le parti non avrebbero fatto assolutamente nulla ". — E presso la Commissione di coordinamento, discutendosi sul punto del matrimonio che fosse contratto da un interdetto per infermità di mente, taluno espresse il dubbio che la formula dell'art. 121 del progetto (112 del codice) potesse interpretarsi nel senso che rimanesse valido il ma-

trimonio di chi *fosse infermo di mente all'epoca del matrimonio, ma non sia stato poi interdetto legalmente.* Però la Commissione osservò essere infondato quel dubbio, poichè " non trattavasi che del caso in cui siavi stata sentenza " di interdizione prima o dopo il matrimonio, mentre quello " di colui che, sebbene non interdetto, fosse però *privo di* " *mente* al momento del matrimonio, *rientra nelle regole* " *generali del libero consenso, comuni a questa, come a tutte* " *le altre obbligazioni* „ (1).

Così, mentre dinanzi al codice Francese potè osservarsi che la teoria degli atti inesistenti e annullabili, quantunque ammessa, non appariva chiaramente concepita dai lavori preparatori, di fronte al codice nostro invece, due testimonianze evidenti, e pienamente conformi al complesso delle sue disposizioni, vengono a scolpire con tutta precisione il concetto sostanziale della *inesistenza* in contrapposto alla semplice *nullità* degli atti, e a spiegare insieme come le disposizioni del codice stesso si riferiscano soltanto a questa, abbandonandosi quella ai principii generali di diritto (2).

34. Ci rimane ora agevolata assai la trattazione dei diversi requisiti necessari per contrarre matrimonio, e la determinazione delle categorie in cui vanno ripartiti.

La prima comprende quelli che sono *essenziali* alla formazione stessa del matrimonio, come elementi suoi costitutivi; sicchè senza di essi il matrimonio non può *giuridicamente* concepirsi, nè *sussistere.*

La seconda abbraccia le condizioni necessarie alla sola *validità legale,* non all'esistenza stessa del matrimonio; per

---

(1) *Processi verbali della Commissione coordinatrice,* n. 8, § 6.

(2) Cf. Aubry et Rau, V, § 450; Marcadé, t. I, art. 146, n. 521 *bis,* e n. 617; Demolombe, III, 240-242; Laurent, II, 269 e seg. — V. anche Borsari, *Comm. Cod. civ.,* t. I, art. 104, § 269; Pacifici-Mazzoni, *Istituz.,* 2ª ediz., II, 103 a 105; Ricci, *Dir. civ.,* I, 196; De-Filippis, op. cit., IX, 25, 29 e seg.; Fiore, Colamarino ed altri, op. cit., II, 241-249.

modo che il loro difetto non ne impedisce la formazione, ma solamente lo rende annullabile, nei casi, nei modi, entro i termini e ad istanza delle persone determinate dalla legge.

La terza infine concerne quelle condizioni che non sono indispensabili nè alla esistenza giuridica, nè anche alla validità legale del matrimonio, benchè la loro assenza ne *impedisca la celebrazione;* la quale però, se in onta alla proibizione della legge sia compiuta, il matrimonio rimane inattaccabile, e solo si rendono attuabili le sanzioni che la legge ha stabilite con certe pene applicabili ai trasgressori.

In teoria potrebbesi ammettere anche una quarta classe: delle condizioni, la cui mancanza impedisse la celebrazione, senza che però vi fosse nullità del matrimonio contratto, nè applicabilità d'altre sanzioni speciali. Ma questo, che può supporsi in astratto, non ha corrispondenza reale nelle disposizioni del nostro codice, che stabilisce in modo generale sanzioni penali a carico dell'uffiziale di stato civile, che scientemente ammetta a celebrare matrimonio persone alle quali osti *qualunque impedimento* o divieto legale (articolo 124, cod. civ.), o commetta qualsiasi contravvenzione alle disposizioni di legge per cui non sia determinata una pena speciale (art. 126, cod. civ.).

35. Dalle condizioni necessarie per contrarre matrimonio derivano, nei casi di loro mancanza, quelli che la dottrina (adottando la terminologia venuta dal diritto canonico) si è da lungo tempo accordata a denominare *impedimenti al matrimonio;* ostacoli legali, che si oppongono infatti a che le parti possano contrarlo, e l'ufficiale dello stato civile possa prestarsi alla celebrazione (1).

Ciò però non devesi intendere come riferibile anche a

---

(1) Sul valore comparativo delle due locuzioni *impedimenti* e *condizioni* pel matrimonio, cf. il n. seguente.

quelle condizioni che sono necessarie per la *esistenza giuridica* del matrimonio; senza le quali vi è molto più che un semplice *impedimento* alla celebrazione del matrimonio; vi è *assoluta impossibilità ch'esso si formi.*

Ristretti pertanto gl'impedimenti ai casi di mancanza di quelle condizioni, senza le quali il matrimonio potrebbe pure avere esistenza giuridica, ma per disposizione di legge o non potrebbe essere contratto *validamente*, epperò farebbe luogo ad un'*azione per annullamento*, od almeno non potrebbe essere contratto *lecitamente*, epperò farebbe luogo alle sanzioni penali dalla legge determinate, gl'impedimenti medesimi subiscono principalmente due distinzioni giustificate dalla natura delle cose; e delle quali l'una riguarda l'estensione dell'impedimento quanto alla persona che ne è colpita, l'altra concerne gli effetti speciali che dall'impedimento stesso derivano.

Sotto il primo degli accennati rapporti gl'impedimenti si dividono in *assoluti* e *relativi*. *Assoluti* sono se alla persona, in cui si riscontrano, vietano di contrarre matrimonio con chiunque; come sarebbe la mancanza della età prescritta dalla legge, il vincolo attualmente esistente d'un anteriore matrimonio, l'interdizione per vizio di mente, ecc. *Relativi* sono quelli che alla persona in cui si verificano vietano soltanto di contrarre matrimonio con certe *determinate* persone, lasciandogliene però la capacità rispetto a qualunque altra; come sarebbe per vincolo di parentela, di affinità o di adozione, per reato contro la persona del coniuge anteriore dell'altro sposo, ecc.

Sotto il secondo aspetto, cioè in riguardo agli effetti loro, gli impedimenti si distinguono ancora in *dirimenti*, e semplicemente *proibitivi* od *impedienti*. — I primi si oppongono alla validità legale del matrimonio; epperò, quando questo fosse contratto, producono un'azione di *nullità*, esercibile dalle persone e nei modi determinati poi dalla legge. I secondi si oppongono non alla validità, ma alla regolarità del matrimonio; vale a dire, in caso di trasgressione, non pro-

ducono nullità del matrimonio, e solo fanno luogo a *sanzioni penali.*

Gli impedimenti *dirimenti* (stabiliti a pena di nullità del matrimonio) sono precisamente quelli che si suddistinguono in *assoluti* e *relativi*, secondo il criterio sopra indicato. Importa però non confondere questa divisione coll'altra che concerne la *nullità assoluta* o *relativa*, che può conseguire dagli impedimenti medesimi. La prima divisione riguarda, come si è osservato, la *persona colpita dall'impedimento*, in rapporto a quelle colle quali le è vietato di contrarre matrimonio. L'altra riguarda invece gli effetti e la sanzione dell'impedimento, cioè le persone *che possono intentare l'azione di nullità*, secondo che questa sia aperta ad ogni interessato o riservata ad alcune persone soltanto. Il che è tanto vero, che si hanno impedimenti in sè *relativi*, i quali tuttavia producono *nullità assoluta* del matrimonio; come quelli derivanti da parentela o da reato (cf. art. 104, codice civile). E si hanno all'incontro impedimenti in sè *assoluti*, i quali nella sanzione loro producono una *nullità relativa* soltanto; come quelli derivanti dalla interdizione o da mancanza di consenso degli ascendenti (cf. art. 108, 112, codice civile).

Circa questa distinzione tra le nullità *assolute e relative*, in ragione della generalità o individualità dell'azione ad esse corrispondente, furono esposti altrove i principii più generali, che qui basterà richiamare (1). Le norme speciali

---

(1) Cf. vol. I, n. 108, p. 732.

Qui però dobbiamo avvertire che un acuto nostro scrittore (Borsari, op. cit., t. I, art. 104, § 367-368) ha trovato *falso* il comune concetto secondo cui si distinguono le nullità assolute da quelle relative.

Ma se siamo riusciti ad intendere intieramente il suo pensiero, ci sembra che, credendo proporre concetti nuovi, egli non abbia fatto che proporre una nuova terminologia; in quanto che la qualificazione assoluta o relativa per le singole nullità dovrebbesi, a suo avviso, desumere non dalla *proponibilità* dell'azione da parte o meno di chiunque sia interessato, ma dall'essere in sè stesso *insanabile*, per qualsiasi mezzo o circostanza, il vizio di cui il matrimonio è infetto, giusta le disposizioni degli art. 104 e seguenti. Sarebbe questione dunque di trasportare la locuzione *nullità assoluta o relativa* dalla considerazione delle persone investite dell'azione di nullità, a quella del vizio

poi da osservare per ciò che riflette la materia del matrimonio, formeranno argomento di trattazione in sede ulteriore.

36. Le cose finora esposte ci tracciano chiaramente le linee che dobbiamo seguire nella trattazione di questa grave materia.

Non ci atterremo in questa parte all'ordine seguìto dal codice (1), il quale distribuisce le norme relative alle condizioni per contrarre matrimonio in un modo che lascia luogo veramente a qualche intralcio e a qualche sconnessione; il che se non ha grandi inconvenienti in un'opera tutta pratica, quale è un codice, è bene sia possibilmente evitato in un lavoro a forma di trattato, dove una giusta ripartizione contribuisce alla più chiara e più sicura intelligenza della materia, ponendo in rilievo i caratteri proprii e le correlazioni dei diversi argomenti. Del resto, in questo come in molti altri temi di diritto civile, è difficilissimo, forse impossibile, il trovare una classificazione che risponda perfettamente a tutte le esigenze; come è già dimostrato dalle sistemazioni assai differenti che vedonsi adottate nelle opere dei diversi autori.

La difficoltà nasce in buona parte dall'essersi radicata ormai — non senza una certa ragione — la terminologia introdotta dal diritto canonico, secondo cui le condizioni prescritte pel matrimonio vengono considerate come *impedimenti* a contrarlo. Ora è facile intendere che, siccome l'impedimento al matrimonio dipende propriamente dalla

---

medesimo che la determina. Il che sarebbe, ci sembra, un punto tutto convenzionale (vedi anche appresso, nº 44). Resta però che il citato autore ha confuso tra loro le idee di nullità *assolute* e nullità *di ordine pubblico;* mentre, specialmente in tema di matrimonio, anche le nullità *di ordine pubblico* possono dalla legge, per ragioni speciali, essere rese *relative* pel loro esercizio a certe persone soltanto. E sembra ancora che egli abbia confuso l'assoluto o relativo dell'*impedimento* al matrimonio coll'assoluto o relativo della *nullità* che ne consegue.

(1) Sopra, n. 33.

inosservanza di qualcuna delle condizioni prescritte, così impedimento e condizione possono prendersi come termini sinonimi, a rigore di logica, solo quando si tratti di una condizione che sia prescritta in senso negativo (come l'esistenza di un matrimonio antecedente), mentre se una condizione venga riguardata in forma positiva (come il raggiungimento di una certa età), il verificarsi della condizione esclude l'impedimento, ed è soltanto il mancare di quella che fa sorgere questo (1). In altri termini, il concetto di *condizione* porta ad esaminare quali persone possono contrarre matrimonio; quello di *impedimento*, ad esaminare quali persone non possono contrarlo.

Da ciò segue naturalmente che, adottandosi come generale il concetto di impedimento, vengono considerati in senso negativo, cioè pel caso di loro mancanza, anche quei requisiti che devono studiarsi piuttosto negli elementi della loro positiva sussistenza; ad esempio, qualificando le *formalità preliminari* al matrimonio, e perfino le stesse forme della sua *celebrazione*, come impedimenti a contrarlo, pel caso che non vengano osservate: mentre la logica vuole in realtà che si studii *come devono essere osservate.*

Uno dei più recenti e dei più autorevoli scrittori ha cercato di superare questa difficoltà, trattando distintamente e successivamente prima delle condizioni e poi degli impedimenti; e comprendendo fra le *condizioni:* l'età, il consenso degli sposi, il consenso degli ascendenti; fra gli *impedimenti:* il vincolo di parentela o di affinità, il matrimonio anteriore, il servizio militare, l'interdizione, ecc.; salvo occuparsi ulteriormente delle opposizioni al matrimonio; e delle formalità per la sua celebrazione (2).

Per parte nostra non comprendiamo la opportunità di contrapporre, come cose *separate*, gli impedimenti alle condizioni per contrarre matrimonio; mentre uno stesso ele-

---

(1) Aubry et Rau, V, § 453.
(2) Laurent, t. II, n. 281-375, 346-373, 374-408, 409-429.

mento, una medesima circostanza può essere qualificata o come condizione pel matrimonio o come impedimento a contrarlo, secondochè si consideri nella necessità del suo verificarsi, o nella ipotesi della sua mancanza. Così, ad esempio, tanto può dirsi che l'età maggiore a 18 e 15 anni è una condizione del matrimonio, quanto può dirsi che l'età inferiore a quell'epoca è un impedimento alla sua validità. Tanto può dirsi condizione pel matrimonio del minorenne il consenso degli ascendenti, come può dirsi impedimento la mancanza del consenso medesimo. Tanto può dirsi condizione di forma la competenza dell'ufficiale celebrante, quanto può dirsi che la incompetenza dell'ufficiale determina un impedimento; e via dicendo. — La differenza, ripetiamo, non riguarda la natura intima e reale delle cose, ma solo il diverso punto di vista sotto cui possono essere riguardati gli elementi richiesti per la validità del matrimonio.

Ecco perchè ci sembra miglior partito attenerci all'idea più semplice e sostanziale di esaminare le diverse circostanze o condizioni (sia intrinseche, sia estrinseche) che costituiscono i *requisiti* legali del matrimonio; valendoci bensì anche della espressione ormai tradizionale di impedimenti, ma solo per comodità e speditezza di linguaggio, e senza annettervi un valore suo proprio e preciso in contrapposto alle condizioni pel matrimonio.

Chiarito questo punto, viene spontanea e facile la divisione del presente capo in tre *sezioni;* la prima relativa alle condizioni necessarie per la *esistenza giuridica* del matrimonio; la seconda, delle condizioni richieste per la *validità legale* di esso; la terza, di quelle assicurate soltanto mediante *sanzioni penali* comminate ai trasgressori della legge.

Ma restano difficoltà non lievi per una conveniente distribuzione di parecchi e importanti argomenti più o meno direttamente connessi ai requisiti del matrimonio. Così, le *formalità* della sua celebrazione hanno senza dubbio il ca-

rattere di condizioni (estrinseche) volute per la sua validità; e sotto questo aspetto potrebbero rientrare nella materia del presente capo. Però ci par chiaro che tali formalità non costituiscono soltanto uno dei requisiti (o presupposti) del matrimonio, ma hanno un carattere più saliente e diverso, in quanto rappresentano la formazione definitiva, la *conclusione* stessa del vincolo matrimoniale. Quindi la ragionevolezza di assegnare al tema della celebrazione un capitolo a parte e successivo; dove poi saranno suddistinte le formalità *preliminari* pel matrimonio, le formalità *costitutive* (celebrazione propriamente tale), e infine le *prove* di essa. — Così ancora l'argomento delle *opposizioni* al matrimonio, che da molti scrittori viene esposto sotto il concetto e nella serie degli impedimenti (guardandosi all'effetto delle opposizioni) trova invece il suo vero titolo e fondamento nella *inosservanza* dei precetti relativi alle condizioni del matrimonio, come conseguenza e sanzione della loro mancanza. Nel quale aspetto, le opposizioni hanno un rapporto evidente coll'altro gravissimo tema della *nullità* del matrimonio; poichè quelle costituiscono la garanzia e la sanzione dei requisiti voluti rispetto a un matrimonio iniziato, come questa è la sanzione di quei requisiti per un matrimonio già concluso. Perciò — sebbene nell'ordine cronologico, seguìto dal codice, le opposizioni precedano la celebrazione del matrimonio — pel loro significato giuridico devono essere avvicinate al tema della nullità, formando con questo un capitolo succedaneo a quelli relativi alle condizioni del matrimonio e alla sua celebrazione.

Procedendo su questa via di trattazione, ci lusinghiamo che possa riuscire meno imperfettamente sussidiata la intelligenza e la chiarezza della vasta e complicata materia che abbiamo dinanzi.

Sezione I.

Delle condizioni necessarie alla esistenza giuridica del matrimonio.

Sommario. — 37. Idee generali su queste condizioni. — 38. Capacità naturale delle parti contraenti. — 39. Rapporti diversi in cui tale capacità deve essere considerata. — 40. Consenso delle parti contraenti. — 41. Celebrazione solenne dell'unione coniugale.

37. I cenni già dati sulla indole ed essenza del matrimonio, e il richiamo dei principii generali relativi alla inesistenza e alla nullità degli atti giuridici (1) rendono facile e sicura la posizione degli elementi costitutivi del matrimonio, necessari cioè per la sua *esistenza giuridica;* talchè la mancanza di essi toglierebbe qualunque significato giuridico alla unione che si pretendesse qualificare come matrimonio, riducendola ad una pura materialità di fatto, senza possibilità di alcuna convalidazione, nè di alcun effetto legale.

Come *società perpetua dell'uomo e della donna*, il matrimonio richiede primariamente la differenza di sesso tra i contraenti.

Come *contratto*, esige pure il consenso delle parti.

Come *istituzione civile*, esso deve essere consecrato dalla società per mezzo dei funzionari a ciò delegati.

Considerati nel loro aspetto giuridico, questi elementi essenziali del matrimonio possono dunque essere formulati così:

1° La capacità naturale delle parti contraenti;

2° il loro consenso rispettivo di prendersi per marito e moglie;

3° la celebrazione solenne dell'unione coniugale.

Di ciascuno di questi argomenti scenderemo ora a fare una breve trattazione.

---

(1) Sopra, n. 17 e 33.

38. Abbiam detto esser primo fra i requisiti essenziali la capacità *naturale* dei contraenti; essendo principio troppo evidente ed elementare di diritto che non sia possibile la formazione giuridica del matrimonio, quando le persone che lo contrarrebbero ne siano *naturalmente* incapaci.

Del resto la legge positiva umana potrà bene aggiungere condizioni speciali di capacità *civile*, e potrà apporvi come sanzione l'*annullabilità* del matrimonio contratto non ostante la loro mancanza; ma non potrà fare mai che non abbia avuto veruna esistenza, secondo i principii del diritto filosofico, un matrimonio nel quale i contraenti avessero le condizioni di capacità necessarie giusta quei principii medesimi. Veramente una teoria opposta in parte a questa avea potuto insinuarsi nella dottrina francese. L'art. 146 del codice Napoleone dichiarava espressamente che " Non vi ha matrimonio quando non vi è consenso ". E siccome questa massima sarebbe stata troppo elementare ed evidente per farne subbietto d'una disposizione espressa, se si fosse voluto riferirla al solo consenso di fatto, al *consenso naturale*, così la dottrina ne inferiva che il legislatore avesse voluto parlar qui propriamente del *consenso legale, civile*, che poteva talvolta mancare non ostante che il consenso naturale esistesse. Fondandosi su ciò, molti insigni giureconsulti consideravano come *inesistente giuridicamente* il matrimonio contratto da chi per condanna penale fosse colpito di *morte civile*, o da un *interdetto per vizio di mente*, sebbene non mancassero molti altri che riguardavano tali matrimoni come *annullabili* soltanto. E qualche autore stabiliva anzi una quarta condizione essenziale all'esistenza giuridica del matrimonio, che avrebbe consistito nella *vita civile di amendue i futuri sposi* (1).

A questa dottrina prestava anche appoggio ciò che era avvenuto nella discussione davanti al Consiglio di Stato.

(1) Demolombe, t. III, n. 242, 2°.

Il progetto di legge enunciava espressamente in articoli separati le cause d'incapacità a contrarre matrimonio, consistenti nell'essere uno degli sposi interdetto per vizio di mente, o sordo-muto incapace a manifestare la propria volontà, o condannato a pena recante la morte civile. Dopo qualche disputa però furono respinte le proposte di queste disposizioni speciali, sul riflesso ch'esse non fossero altro che *conseguenze naturali della regola generale che esige il consenso*. L'art. 146 del codice, che conteneva questa regola generale, riferivasi dunque evidentemente, secondo il pensiero dei compilatori, al *consenso legale* o *civile* delle parti, come al *consenso naturale;* e però l'incapacità a prestare quel consenso legale costituiva essa pure una causa di *inesistenza giuridica* del matrimonio (1).

Ma tutta questa argomentazione rimane senz' alcuna efficacia per noi, che non troviamo nel codice civile Italiano una disposizione generale corrispondente a quella dell'art. 146 del codice Francese. Il nostro legislatore ha stimato superfluo lo scrivere un articolo apposito per dire che *non vi sia matrimonio senza consenso*. Di questa, come delle altre cause d'inesistenza giuridica del matrimonio, ha taciuto completamente, abbandonandola all'applicazione dei principii generali di diritto. Ha bensì stabilite alcune condizioni legali per contrarre matrimonio, ma ne ha determinata la sanzione nella semplice *annullabilità*, non già nella *inesistenza giuridica* del matrimonio. — Così ha proclamato nell'art. 105 la necessità che il consenso al matrimonio sia libero, accordando facoltà d'impugnarlo a quello degli sposi che abbia sofferto violenza o sia stato indotto in errore, ma in nessun luogo ha dichiarata espressamente la nullità del matrimonio al quale sia mancato assolutamente il consenso delle parti; ha ammesso, col § 2 dell'art. 104, l'azione in nullità del matrimonio celebrato

---

(1) Cf. in vario senso: Duranton, t. I, ed. Bruxelles, n. 610 a 612; Zachariae, § 451, nª 7, 451 bis, n. 1, 2, nª 8; Marcadé, *Obs. prelim.* du Chap. IV, t. I, n. 620 a 624; Demolombe, l. c., n. 127; Laurent, II, 285-288.

dinanzi ad un uffiziale non competente dello stato civile, ma non ha detto parola di quello che sia celebrato davanti a persona non rivestita punto di questo carattere: ha proibito nell'art. 61 che contraggano matrimonio gl'interdetti per infermità mentale, senza distinguere se in fatto trovinsi o no in istato di mente non sana all'atto del matrimonio stesso, e da quella interdizione ha fatto dipendere una *nullità relativa* (art. 112, cod. civ.), ma ha pretermesso il caso che il *non interdetto* trovisi effettivamente in condizione di alienazione mentale al momento in cui presti il consenso.

Da tutto questo si raccoglie adunque manifestamente la verità di quanto più sopra fu enunciato; che cioè il nostro codice limitandosi ad occuparsi colle sue disposizioni delle cause di *annullabilità* del matrimonio, ha lasciata totalmente ai principii generali di diritto la determinazione delle cause d'*inesistenza giuridica* del matrimonio medesimo. E di questa massima vedremo fra poco qualche importantissima applicazione. Frattanto però ne risulta anche abbastanza giustificato l'altro principio fondamentale accennato in principio di questo numero, che cioè parlando della capacità delle persone come *requisito essenziale* a poter contrarre matrimonio, non può intendersi per noi se non della *capacità naturale;* imperocchè quando trattisi di *capacità puramente civile* non potrebbe derivare dalla mancanza di essa fuorchè l'*annullabilità* del matrimonio, mentre unicamente di essa, e non dell'*inesistenza giuridica*, si occupa il legislatore nelle sue disposizioni espresse.

I commentatori del codice Francese poterono ritenere a ragione che il matrimonio contratto da un morto civilmente dovesse considerarsi come non avente esistenza giuridica; sia per l'argomento dedotto dal riferito articolo 146 di quel codice e dalle discussioni che vi erano avvenute intorno; sia ancora perchè la persona colpita da morte civile, quantunque in fatto e naturalmente fosse appieno capace di consentire, era però considerata come morta per tutti i rapporti civili, fatta eccezione soltanto di quelli con-

cernenti l'esistenza sua naturale, e per tutti gli altri rapporti civili propriamente tali era riguardata come non avente una personalità giuridica. Pertanto il matrimonio che questa persona avesse contratto sarebbe stato privato di tutti gli effetti civili, e ciò stante sarebbe stato inconcepibile che un tale matrimonio si avesse per esistente agli occhi di una legislazione la quale neppur essa lo considerava altrimenti che come un contratto civile.

Ma la legislazione nostra non ha più ammesso lo stato anomalo di una persona che, pur conservando la sua esistenza naturale e il diritto per essa alla protezione della legge, sia da questa considerata come morta per tutti gli effetti puramente civili che non si riferiscano all'esistenza naturale, nè tendano alla conservazione di essa. L'art. 33 del nuovo codice penale Italiano (che si è sostituito all'articolo 3 delle disposizioni transitorie per l'attuazione del codice civile) determina con precisione e tassativamente le perdite di diritti e le incapacità derivanti dalle condanne penali più gravi; e tra queste incapacità non vedesi punto annoverata quella di contrarre matrimonio, sebbene vi si comprendano anche le podestà patria e maritale; le quali, come si perdono da chi subisca tali condanne dopo contratto il matrimonio, così non potrebbero acquistarsi da chi avesse incontrate prima le condanne stesse. Ma altro è la privazione di questi particolari effetti che di per sè nascerebbero naturalmente dal matrimonio, ed altro sarebbe la privazione della facoltà stessa di contrarlo, privazione che non pronunciata dalla legge non potrebbe essere supplita dall'interprete, versandosi in materia necessariamente ed essenzialmente restrittiva, qual è appunto questa dell'applicazione di disposizioni riguardanti gli effetti di una pena.

39. Limitate così le nostre indagini, in questo argomento dell'*esistenza giuridica* del matrimonio, alla *capacità naturale* delle parti contraenti, è facile però rilevare come

questa capacità debbasi riguardare sotto un duplice aspetto; in ordine, cioè, al matrimonio considerato nella sua essenza, e val dire come società perpetua dell'uomo e della donna, e in ordine al contratto che della costituzione di questa società forma la base necessaria.

Nel primo rapporto ricercasi fra i due contraenti, l'uno rispettivamente all'altro, quella condizione che consiste nella differenza del sesso.

Nel secondo rapporto richiedesi la capacità naturale a prestare il consenso.

Quanto a quello, non vi è certamente bisogno di spendere parole a dimostrare che se per frode od errore si celebrasse l'unione matrimoniale fra due persone che fossero credute ma non fossero veramente di sesso diverso, non si avrebbe solo un matrimonio annullabile, ma giuridicamente inesistente. Quando però il sesso sia riconoscibile e differente tra i due contraenti, la mutilazione o la conformazione viziosa, ed a maggior ragione la sola debolezza degli organi sessuali, sì che ne risulti l'impotenza a generare, sebbene questa sia assoluta, manifesta e perpetua, non può fare ostacolo alla esistenza giuridica del matrimonio. La procreazione della prole è certamente il principale tra i fini della società coniugale; ma non l'unico. Il matrimonio è pure una società di soccorso e di assistenza reciproca tra l'uomo e la donna; e questi scopi di tali società possono ottenersi quando anche non sia possibile l'unione sessuale. Tant'è che sebbene l'estrema vecchiezza sia d'ordinario, e specialmente nella donna, una causa di impotenza alla generazione, pure non si è posto mai verun limite massimo di età, oltre cui non sia più permesso il contrarre matrimonio. — L'unione dei corpi, necessaria alla procreazione, non è dunque però assolutamente *di essenza* del matrimonio (1). — Troveremo più innanzi

---

(1) Cf. sopra, n. 17.

annoverata l'impotenza tra gl'impedimenti che producono *nullità relativa* (art. 107 Cod. civ.). Vedremo allora perchè e sotto quali condizioni e limitazioni il nostro codice abbia sciolta in questo senso la grave questione che agitavasi nella dottrina francese intorno al punto se la impotenza di uno dei coniugi ignorata dall'altro all'atto della celebrazione potesse, pel coniuge indotto in errore, esser causa a promuovere la nullità del matrimonio. Evidentemente però la questione a cui risponde l'art. 107 del cod. civ. è tutt'altra da quella che si agita presentemente. Là trattasi di determinare se ad uno dei coniugi spetti il diritto di domandare l'annullazione del matrimonio per causa d'impotenza scoperta nell'altro coniuge: e ben lungi che la risposta affermativa a questo quesito implichi la inesistenza giuridica del matrimonio, suppone anzi manifestamente il contrario; perchè non sarebbe in verun modo concepibile la proponibilità relativa dell'azione in nullità, contro un matrimonio a cui mancasse un elemento essenziale di sua formazione, non potendosi annullare ciò che non esiste. La disposizione dell'art. 107 riesce dunque a confermare con maggior evidenza il principio fondamentale già dimostrato, che l'impotenza, quantunque assoluta, manifesta e perpetua, non si oppone per sè all'esistenza giuridica del matrimonio, qualora del resto sia riconoscibile e differente il sesso dei contraenti.

Venendo ora al secondo degli indicati rapporti in cui devesi considerare la capacità naturale delle parti, per quello cioè che riguarda la prestazione del consenso, non può rivocarsi in dubbio che qualunque causa, o di età o di stato mentale, osti a poter avere libera volontà, impedendo la formazione del consenso necessario al contratto, che è base indispensabile alla costituzione dell'unione conjugale, si opporrà ad un tempo all'essenza del matrimonio e quindi all'esistenza giuridica di esso. — Così non annullabile soltanto, ma *inesistente* dovrà fuor di dubbio considerarsi il matrimonio, se sia contratto da persona non

avente ancora l'uso della ragione, o che si trovi in istato di imbecillità, di demenza, di furore, di delirio, di ebbrezza completa, ecc. — Siccome però si suppone che lo stato in cui la persona si trovi le renda impossibile di prestare un vero consenso, e siccome l'alienazione mentale presenta gradi indefiniti, e d'altra parte taluno, che per debolezza di facoltà intellettuali sarebbe incapace a reggere i propri affari, può però essere in condizione da comprendere la natura e lo scopo del matrimonio, così spetta in questo particolare ai tribunali la più ampia facoltà nel decidere se siavi stata o no capacità vera di consenso.

L'inesistenza giuridica del matrimonio contratto da persona non sana di mente all'atto della celebrazione è indipendente dall'essere o no quella persona stata sottoposta ad interdizione giudiziale pel vizio di mente da cui è colpita. E veramente non è lo *stato giuridico* della interdizione, ma *il fatto* dello stato mentale in cui la persona si trovi, che può renderla *incapace naturalmente* di consenso. E come l'imbecille, il demente od il furioso, è in condizione d'incapacità naturale a prestare il consenso, ancorchè non sia interdetto, così al contrario avrebbe capacità naturale anche la persona interdetta, se all'atto della celebrazione del matrimonio a cui consentisse si trovasse di mente sana. D'altronde la interdizione non può verificarsi, se non quando la infermità di mente sia abituale (art. 324, cod. civ.) condizione questa che non è punto necessaria perchè siavi incapacità naturale a consentire, bastando a ciò che l'infermità di mente si verifichi al momento in cui il consenso si presterebbe.

Il codice Italiano veramente costituì della interdizione per vizio di mente una specie d'*incapacità legale*, dichiarando nell'art. 61 che “ Non possono contrarre matrimonio “ gl'interdetti per infermità di mente „. E ne determinò poi la sanzione nell'art. 112, stabilendo la *nullità relativa* del matrimonio di persona interdetta per infermità di mente, il qual matrimonio “ può essere impugnato dall'interdetto

" medesimo, dal suo tutore, dal consiglio di famiglia e dal
" pubblico ministero „.

Tutto questo però nulla toglie nè cangia alle teorie discorse superiormente; chè non è mai possibile confondere il *fatto* della infermità di mente da cui si trovi colpita una persona all'atto in cui contragga matrimonio, *collo stato di diritto* in cui è costituito l'interdetto, nè la *inesistenza* del matrimonio derivante necessariamente da quel *fatto*, coll'annullabilità dipendente da questo *stato giuridico*. È *inesistente* il matrimonio contratto da chi sia in istato di mente non sana all'atto della celebrazione, quand'anche l'interdizione non sia stata contro di lui pronunciata nè promossa, quand'anche tale interdizione non sia nemmeno possibile, perchè l'infermità di mente *non sia abituale*. Invece sarebbe *relativamente annullabile* il matrimonio contratto dall'interdetto, quand'anche si pretendesse di poter provare che egli fosse sempre stato sano di mente, o che almeno lo fosse all'atto in cui prestò il consenso al matrimonio.

Bisogna dire però che questa distinzione tra lo stato reale di mente, e lo stato giuridico d'interdizione, tra la *inesistenza* del matrimonio contratto da chi è colpito in fatto da un'alienazione mentale, e l'annullabilità di quello contratto dall'interdetto, non è stata così esattamente e sempre osservata nel dispositivo del codice nostro. L'articolo 112 ci presenta a questo proposito una apparente confusione. Esso dice *annullabile* il matrimonio " se, quando " è seguìto, eravi già la sentenza definitiva d'interdizione, " o *se la infermità per cui la interdizione fu poscia pronun-* " *ziata, risulta esistente al tempo del matrimonio* „. Ora evidentemente, i due casi che vengono così parificati sono in realtà profondamente diversi. Quando la infermità di mente esisteva al tempo del matrimonio, fosse o non fosse pronunziata l'interdizione, o fosse anche impossibile il pronunziarla per la *non-abitualità* del vizio mentale, il matrimonio è *inesistente*, non già solo *relativamente annullabile*, come tenderebbero ad accennare le espressioni dell'art. 112.

Quando, invece, la sentenza definitiva d'interdizione era già proferita all'atto del matrimonio, essa produceva un'*incapacità legale* a contrarlo, e conseguentemente la *nullità relativa*, senza che potesse ammettersi in contrario la prova che il vizio di mente non esistesse all'atto del matrimonio. Questa confusione però, che sarebbe stato buono e facile l'evitare, non è fatta nel nostro articolo fuorchè quanto alle *infermità abituali*, per le quali *sia stata poi pronunziata l'interdizione*. Si tace completamente dei casi in cui la infermità mentale non sia *abituale*, epperò non faccia luogo ad interdire, come di quello in cui, anche essendo abituale il vizio di mente, la interdizione non sia stata pronunziata mai. Così questi casi sono abbandonati, come tutti gli altri d'inesistenza giuridica del matrimonio, all'applicazione dei principii generali di diritto (1). Meglio sarebbe stato il fare altrettanto di quello in cui chi contrae matrimonio sia affetto, al momento della celebrazione, d'un' infermità di mente per la quale venga poscia interdetto. Sarebbesi evitato l'equivoco d'indicare come semplicemente *annullabile*, e di una *nullità relativa*, un matrimonio manifestamente *inesistente*, perchè contratto da chi non poteva prestarvi e non vi prestò effettivamente il consenso.

Le dottrine finore discorse ci rendono piana la soluzione di una questione delle più difficili e controverse in questa materia sotto il codice Francese; la questione, vogliamo dire, della validità o nullità del matrimonio *contratto in un lucido intervallo da persona interdetta per infermità di mente.*

La difficoltà proveniva principalmente dal non essere nel codice Francese contemplato il caso che il matrimonio fosse contratto da un interdetto, e dall'essere solo stato dichiarato generalmente non potervi essere matrimonio senza consenso.

Sulla proposta quistione eransi quindi formate diverse opinioni, che brevemente accenneremo.

---

(1) Cf. sopra, n. 33 in fine.

Sostenevano alcuni che il matrimonio contratto in un lucido intervallo dall'interdetto per vizio di mente dovesse considerarsi assolutamente come *inesistente*, perchè se in esso verificavasi il *consenso naturale*, mancava però il *consenso legale* altrettanto indispensabile (1).

Altri pensava che il matrimonio fosse in questo caso *annullabile* soltanto e soggetto alle regole comuni per gli altri atti della vita civile fatti dall'interdetto (2).

Una terza opinione insegnava la completa validità del matrimonio contratto dall'interdetto in un lucido intervallo (3).

Vi era da ultimo chi lo diceva valido purchè fosse *contratto col consenso delle persone sotto la cui autorità l'interdetto trovavasi costituito quanto al matrimonio* (4).

Per noi la risposta a questa quistione, ch'era tanto ardua, risulta con molta evidenza e semplicità dalla disposizione testuale dell'art. 61 combinato col 112. Lo *stato giuridico* d'interdizione per infermità di mente costituisce di per sè una causa d'*incapacità legale*, che rende *relativamente annullabile* il matrimonio, senza riguardo al *fatto* dello stato di mente in cui realmente si trovi l'interdetto al momento della celebrazione. L'esser egli a quel tempo in un *lucido intervallo* non potrà dunque riparare a quell'incapacità legale, nè quindi togliere l'azione di *nullità relativa*. Solamente, se all'atto stesso della celebrazione l'interdetto sia effettivamente non sano di mente, avremo più dell'*annullabilità*, l'*inesistenza giuridica* del matrimonio; se invece sia sano di mente, se si trovi in un lucido intervallo, avremo un matrimonio *esistente*, ma soggetto ad azione di *nullità relativa*.

---

(1) Toullier, t. I, n. 502; Marcadé, t. I, n. 621, s.; Valette sur Proudhon, chap. XXII, sect. VII, § 1, p. 437, n^a^ (*a*).
(2) Duranton, t. II, n. 27 a 33.
(3) Demolombe, t. III, n. 127-128; Laurent, t. II, n. 287-288.
(4) Zachariae, t. II, § 454.

40. Non basta che le parti abbiano la naturale capacità a contrarre matrimonio, se il consenso, che è base necessaria del contratto costitutivo della società coniugale, non sia da esse effettivamente prestato. — Perciò le circostanze che rendessero impossibile ad una delle parti la manifestazione della sua volontà, renderebbero ad un tempo impossibile l'esistenza stessa del matrimonio. Così il sordomuto, sebbene sia tale dalla nascita, può contrarre matrimonio dichiarando per iscritto davanti all'uffiziale dello stato civile la propria volontà, o se non sa scrivere, esprimendola col mezzo di segni che devono essere tradotti in parole da un interprete giurato e scelto dall'ufficiale dello stato civile tra i parenti o famigliari del sordo-muto stesso (art. 98 e 99 del regolamento 15 novembre 1865, n. 2602 sull'ordinamento dello stato civile). — Ma se il sordo-muto dalla nascita non sapesse manifestare il suo consenso nè per iscritto nè con segni, non sarebbe possibile l'esistenza giuridica del matrimonio di lui.

Parimenti *inesistente* sarebbe il matrimonio che dagli atti dello stato civile apparisse falsamente come contratto fra due persone, l'una delle quali non avesse in realtà prestato il consenso; o perchè fosse avvenuta per frode una sostituzione di persona, o perchè si fosse con falsità o per errore constatato nell'atto come dato il consenso, che veramente non fosse stato prestato.

41. Per ultimo, è condizione essenziale alla costituzione del matrimonio, come già fu notato (1) che esso sia celebrato *per ministero di un ufficiale dello stato civile.*

Non sembri strano che un elemento di forma sia riguardato come necessario per la *esistenza giuridica* di un atto. Zachariae, che fu il primo a determinare scientificamente la teoria degli atti inesistenti e annullabili, designava come requisiti necessari per la *esistenza* legale di un atto, non

(1) V. sopra, n. 37.

solo quelli senza dei quali sia *logicamente impossibile* di concepirlo, ma ancora *le solennità* indispensabili a dargli vita, secondo la lettera e lo spirito del diritto positivo (1). Vi sono atti infatti pei quali, stante la loro gravità e importanza speciale, la forma esterna prescritta dalla legge vale non soltanto come mezzo di prova del consenso delle parti, ma come elemento integrante del consenso medesimo; sicchè la volontà delle parti, scompagnata da quella forma, non ha alcun valore giuridico. Allora la forma diventa un elemento *intrinseco* per la efficacia legale del consenso, applicandosi in tutta la sua estensione la massima " *forma dat esse rei* ".

Questa, che è caratteristica speciale degli atti e contratti *solenni*, si presenta in grado culminante nell'atto del matrimonio. Considerato non come un contratto ordinario, ma come vera *istituzione sociale* (2), esso può costituirsi, secondo lo spirito del diritto nostro, non per semplice volontà delle parti, ma solo coll'intervento di un ufficiale pubblico, organo e rappresentante della società civile. Allora soltanto, e per la sanzione data dall'ufficiale medesimo in quella sua qualità, il consenso delle parti fa sorgere la unione coniugale, base della famiglia; mentrechè il consenso libero e privato dei contraenti, dichiarato anche davanti a una persona qualunque, che non avesse la veste di ufficiale di stato civile, creerebbe una mera unione di fatto, senza carattere alcuno di matrimonio.

Spiegata così la ragione del principio, vediamo di determinarne la estensione. Si è detto essere requisito essenziale o costitutivo del matrimonio che esso sia celebrato *per ministero di un ufficiale dello stato civile*. Tale è, secondo noi, la formula più esatta di quel principio; la quale include la necessità di un doppio elemento, cioè la *presenza* di un ufficiale di stato civile e la sua *partecipazione* alla formazione del vincolo coniugale.

---

(1) Aubry et Rau sur Zachariae, t. 1, § 37.
(2) V. sopra, n. 17 in fine.

Sotto il primo aspetto, è ammesso da tutti gli scrittori francesi e italiani, nè potrebbe essere altrimenti, che il matrimonio che si pretendesse celebrato davanti a chi *non avesse* qualità di ufficiale di stato civile — fosse poi una persona privata, o un ministro del culto (1), o un funzionario pubblico qualunque — sarebbe un matrimonio, non già annullabile soltanto, ma *inesistente* affatto in diritto. Ricorderemo ancora le energiche e precise parole dell'illustre Vigliani, nella Relazione della Commissione senatoria: “ *Il* “ *matrimonio che si facesse davanti a una persona qualunque* “ *che non fosse ufficiale dello stato civile, e non potesse per* “ *ciò ricevere e distendere un atto di matrimonio nei registri,* “ *sarebbe non esistente, anzichè nullo. Le parti non avrebbero* “ *fatto assolutamente nulla* „ (2). — Si noti però, in conformità ai concetti già stabiliti, essere precisamente la *qualità*, non la competenza locale, dell'ufficiale predetto, quella che è necessaria per la esistenza legale del matrimonio. Celebrato davanti a *un ufficiale dello stato civile*, ma incompetente, secondo le norme dell'art. 93 cod. civile, il matrimonio avrebbe esistenza giuridica; e solo resterebbe infirmata la sua *validità* civile, facendosi luogo ad un'azione per annullamento, secondo l'art. 104; come sarà meglio spiegato a suo tempo.

Senonchè, dicevasi, è necessario ma non sufficiente, per la esistenza giuridica del matrimonio, che esso venga celebrato *innanzi* a un ufficiale di stato civile; occorre precisamente che la celebrazione avvenga per ministero di lui, occorre cioè anche una parte attiva, il concorso di esso alla creazione del vincolo coniugale. In altri termini, non basta che le parti in presenza dell'ufficiale dichiarino rispettivamente la volontà loro di prendersi in marito e moglie; perchè il matrimonio non acquista esistenza legale se non colla *pronunciazione solenne* dell'unione coniugale,

---

(1) Cf. Cass. di Palermo, 1° settembre 1876 (*Fôro ital.*, I, 1, 99). — Cassazione di Napoli, 20 giugno 1879 (*La Legge*, 1880, 1, 249).

(2) V. sopra, n. 33 in fine.

da parte dell'ufficiale medesimo, giusta il precetto dell'articolo 96 cod. civile. — Anche questo principio è ammesso generalmente in dottrina e giurisprudenza (1). Sembra dissentire però un eminente scrittore, il quale osserva che non bisogna esagerare, ritenendo che tutte indistintamente le formalità prescritte per la celebrazione del matrimonio siano indispensabili per la sua *esistenza* giuridica; e pone quindi in dubbio che possa reputarsi inesistente il matrimonio " se l'ufficiale abbia omesso di pronunciare la for" mula prescritta dalla legge „ (2). — Ma è evidente, per noi, l'equivoco di questa dottrina. È impossibile sostenere che l'ufficiale di stato civile sia chiamato dalla legge a presenziare la conclusione del matrimonio, con una veste meramente passiva, quasi di testimonio. Egli agisce come organo e rappresentante della società; ed è soltanto colla sanzione dell'autorità sociale che il vincolo coniugale si costituisce. Non dunque la presenza materiale dell'ufficiale, ma la dichiarazione solenne da esso emessa, dietro la dichiarazione degli sposi, dà suggello e vita all'unione matrimoniale, imprimendole carattere pubblico. Potrà domandarsi soltanto se la *formula* di quella pronunciazione sia vincolata ai termini sacramentali indicati nell'art. 93; e vedremo infatti a suo tempo che questo rigore di formalismo sarebbe ingiustificato. Solo in questo senso potrebbe interpretarsi, per accoglierla, la tesi del Demolombe: non essere indispensabile che l'ufficiale di stato civile pronunci *la formula prescritta* dalla legge. Ma una pronunciazione che emani da lui non può certamente non riguardarsi come solennità *costitutiva* dell'atto civile di matrimonio, il quale pertanto, in difetto di essa, rimarrebbe inesistente e non soltanto annullabile.

Altra e diversa è la questione di sapere se anche la *compilazione dell'atto*, prescritta dall'art. 94, § 2, costituisca

---

(1) V. gli autori sopra citati, n. 33 in fine.
(2) Demolombe, III, 242 e 355.

un elemento di *esistenza* giuridica del matrimonio, come parte integrante della sua celebrazione solenne. Ciò fu sostenuto da Zachariae (1), la cui opinione fu però abbandonata da Aubry e Rau. Fra gli scrittori nostri alcuni pensano che quella formalità sia necessaria almeno per la *validità* del matrimonio, sicchè in difetto di essa sia esperibile un'azione di nullità. A veder nostro la compilazione dell'atto è cosa assolutamente distinta dalla celebrazione, la quale è completa colla pronunciazione solenne dell'unione coniugale, emessa dall'ufficiale di stato civile; mentre quella formalità riguarda soltanto la prova del matrimonio. Ritorneremo su questo punto, trattando della celebrazione. E allora esamineremo anche quale sia il valore della presenza dei *testimoni*, alla cui mancanza la legge annette conseguenze più gravi che non alla incompetenza dell'ufficiale di stato civile (art. 104, § 2 e 3 cod. civ.) (2).

Sezione II.

Delle condizioni richieste per la *validità legale* del matrimonio.

(Impedimenti dirimenti).

Nozioni generali.

Sommario. — 42. Richiamo di principii e considerazioni generali. — Le norme di legge sugli impedimenti al matrimonio sono *tassative*. — 43. In particolare, i *voti o gli ordini sacri* non formano impedimento al matrimonio. — 44. Richiamo della distinzione fra le nullità assolute e le nullità relative. — Enumerazione delle cause di nullità assoluta e relativa del matrimonio.

42. Dalle condizioni sovraesaminate, necessarie per l'esistenza giuridica del matrimonio, passiamo ora a quelle

---

(1) T. II, § 451bis, nª 4.

(2) Da noi, il Pacifici-Mazzoni, che aveva annoverata la presenza dei testimoni fra i requisiti di *essenza* del matrimonio, si è ricreduto nella 2ª ediz. (t. II, n. 104 in f., nota); v. pure Borsari, *Comm*, art. 104, § 269 in fine.

che sono richieste dalla legge per la sua validità civile; tema assai più vasto e anche praticamente più interessante.

E qui giova richiamare anzitutto un principio fondamentale già dimostrato in precedenza, cioè che mentre le cause d'*inesistenza* giuridica del matrimonio sono indipendenti da ogni disposizione espressa di legge, le cause invece che possono sottoporre il matrimonio ad una *azione di nullità* sono regolate esclusivamente e tassativamente dalla legge civile (diciamo *legge*, non codice), sia quanto alle persone che possono esercitare l'azione, sia pei termini in cui è deducibile, sia per le eccezioni che possono neutralizzarne gli effetti (1).

Perfettamente esatta è dunque la dottrina formulata da Zachariae, che: " *Le sole condizioni, tanto estrinseche, quanto* " *intrinseche, le quali siano necessarie alla validità del ma-* " *trimonio, sono quelle per la cui inosservanza o violazione la* " *legge apre testualmente un'azione di nullità* „ (2).

Così dunque in materia di matrimonio non sono ammessibili che le *nullità testuali*, rimanendo escluse le *virtuali* (3). — Questa massima si connette evidentemente ai principii fondamentali del diritto. La facoltà di contrarre matrimonio infatti costituisce uno dei più notevoli diritti civili. Quindi ogni limitazione, ogni ostacolo che vi si frapponga, come in genere ogni causa d'*incapacità* all'esercizio dei diritti civili, non può risultare che da speciale e rigorosa disposizione di legge (cf. art. 1, 723, 1105, cod. civ.). Ma questa massima risulta poi confermata dal modo completo con cui il codice nostro ha regolate in un capo apposito le *domande per nullità di matrimonio*, determinando, come poco sopra ripetevasi, le cause che vi fanno luogo, le persone che possono promuoverle, le eccezioni che a quelle domande possono opporsi, i mezzi con cui tali nullità possono essere

---

(1) V. sopra n. 33 in pr. e

(2) Zachariae, § 453 in f.; Demolombe, t. III, n. 238; Laurent, II, 430; Borsari, *Comm. Cod. civ.*, I, art. 104, § 277; Ricci, *Dir. civ.*, I, 137.

(3) Cf. il Vol. I, n. 106, p. 706 e seg.

coperte (art. 104 al 114 cod. civ.). Epperò non sarebbe possibile ammettere una qualunque altra causa di nullità, oltre quelle previste e regolate dalla legge, senz' andare incontro alle più gravi difficoltà per determinare se la nullità dovesse considerarsi come *assoluta* o come *relativa;* da chi ed entro qual termine si potesse chiederne la dichiarazione; se e con quali mezzi potesse essere coperta, ecc.; e senza sostituire così l'arbitrio all'impero preciso e rigoroso della legge, la quale in questa materia volle evidentemente riservarsi di tutto prevedere e tutto determinare, per gravi e manifeste ragioni d'ordine pubblico. Una conferma non dubbia ce ne porge inoltre la discussione avvenuta davanti alla Commissione coordinatrice. Uno dei commissari aveva proposto di " dichiarare in apposito " articolo che oltre agl'impedimenti matrimoniali stabiliti " dalla legge civile, non possano ammettersene altri ri- " conosciuti dai canoni o dalle consuetudini delle varie " religioni ".

Ma la Commissione deliberò di non occuparsi di tale proposta, per quest'unico motivo: " che il complesso delle di- " sposizioni del codice sulla materia del matrimonio rende " soverchia qualunque dichiarazione in proposito " (1).

Era dunque nel pensiero dei compilatori del codice che tutto il sistema delle disposizioni relative agl'impedimenti del matrimonio, manifestasse fino all'evidenza l'intenzione del legislatore di escludere dal novero di tali impedimenti quelli che, quantunque introdotti dai canoni ecclesiastici o dalle consuetudini, non fossero civilmente sanciti da testi espressi di legge. E ciò posto, non può rivocarsi in dubbio che quella legge medesima, alle cui disposizioni espresse è riservato esclusivamente di determinare quali siano le cause che costituiscono impedimenti al matrimonio come atto civile, essa sola, per molto maggior ragione, ha il potere di stabilire quali fra gli impedimenti ammessi producano

(1) Verb. n. 6, § 1.

la nullità del matrimonio che sia stato contratto in onta alle sue proibizioni.

Una conferma anche più sicura e autorevole di questi concetti, si trova nella dichiarazione dell'art. 98, codice civile, secondo cui: " *L'ufficiale dello stato civile non può* " *rifiutare la celebrazione del matrimonio, se non per causa* " *ammessa dalla legge* „.

43. Per quanto evidente e sicuro sia il principio ora dimostrato, fu discusso, di fronte al codice nostro, un punto speciale e importantissimo di applicazione. — I *voti* e più specialmente gli *ordini sacri* costituiscono impedimento civile al matrimonio? Più precisamente: il matrimonio contratto da un sacerdote cattolico deve ritenersi valido o nullo di fronte alla legge civile? — Saremo relativamente brevi in proposito, poichè, a veder nostro, la questione non poteva nemmeno essere proposta; e le divergenze sôrte in principio sono oramai sopite nell'avviso unanime, per noi incontrastabile, che nulla si opponga civilmente alla piena validità di quel matrimonio.

La difesa più autorevole e più ingegnosa della opinione che negli ordini sacri trova un impedimento e una causa di nullità pel matrimonio, fu quella della Cassazione di Napoli, in una sua nota sentenza del 29 giugno 1871 (1). — Gli argomenti fondamentali possono riassumersi così:

1° Essendo la religione cattolica proclamata religione dello Stato (art. 1°, Statuto), ne discende che i *rapporti religiosi* fra gli individui e lo Stato sono regolati dalla disciplina cattolica; che la legge della religione *forma parte del diritto pubblico dello Stato*, il quale deve trattare i suoi associati in modo che niuno possa mancare ai proprii doveri;

2° Se la legge civile riconoscesse valido il matrimonio del sacerdote, verrebbe con ciò a disconoscere la *personalità giuridica* propria di lui, e che in molte altre disposizioni

(1) *Annali di Giurispr.*, V, 1, 249; cf. appresso, p. 152, nª 1.

di legge è invece riconosciuta; anzi si verrebbe a *secolarizzare* e quindi a distruggere radicalmente il sacerdozio cattolico; il che esorbita da quei concetti di indipendenza e di incompetenza che stanno a base della separazione della Chiesa dallo Stato; l'impedimento che il sacerdote incontra al matrimonio civile deriva dunque *dalla incompatibilità del suo carattere sociale*, pubblicamente riconosciuto;

3° Guardando al diritto scritto, non è vera la massima comunemente accolta che gli impedimenti e le cause di nullità del matrimonio siano da ricercare *tassativamente* nelle disposizioni del codice civile. Questa massima è contraddetta dall'articolo 79 dello stesso codice, dove si esige che gli sposi presentino " *tutti gli altri documenti che, nella* " *varietà dei casi, possono essere necessari a giustificare la* " *libertà degli sposi e la loro condizione di famiglia* ". Ed è contraddetta altresì dal divieto che si trova, fuori del codice civile, al matrimonio dei militari; pei quali le leggi loro particolari stanno a riscontro di quelle che ai ministri del culto cattolico impongono il celibato;

4° Il silenzio del codice circa la legittimità o meno del matrimonio del prete cattolico deve interpretarsi come un semplice riserbo, come un rinvio alle leggi ecclesiastiche, e non come un disconoscimento dei loro precetti; tanto più che il Ministro guardasigilli nelle tornate del Senato del 17 e 24 gennaio 1865 ebbe a dichiarare apertamente che si preferiva *lasciare tale questione alla giurisprudenza*, la quale avrebbe fatto omaggio *al pubblico costume e alla pubblica moralità;*

5° Gli art. 185 e 268 del codice penale Sardo *puniscono* chiunque pubblicamente commetta fatti che siano di natura tale *da offendere la religione ed eccitarne il disprezzo, o producano lo scandalo*. Non potendosi dubitare che a questa categoria di fatti appartenga il matrimonio del sacerdote cattolico, riesce assurdo l'ammettere che il codice civile autorizzi quello che il codice penale considera come un reato.

Ora a noi sembra — guardando anzitutto questo sistema di difesa nello scopo a cui per diversi ordini di argomentazioni vuole riuscire — che esso tenda propriamente non ad impugnare in se stesso il principio della competenza esclusiva della legge civile in tema di matrimonio, ma piuttosto a introdurvi e giustificare una *eccezione* particolare, per quanto riflette l'impedimento derivante dagli ordini sacri. Eccezione, diciamo; poichè tale impedimento verrebbe desunto evidentemente, non dalla legge civile, ma dalla legge religiosa, alla quale dovrebbesi però riconoscere una efficacia *civile*. E la eccezione sarebbe raccomandata all'indole propria della veste di sacerdote, al carattere *sociale* che a questi viene attribuito. In via di massima generale però nessuno, e nemmeno la Cassazione di Napoli, osa negare il principio che l'istituto del matrimonio deve intendersi regolato colle leggi civili e non colle leggi ecclesiastiche. Tuttavia è appunto dal richiamo di quel principio che occorre prendere le mosse; perocchè esso importa necessariamente che *tutto* l'istituto del matrimonio deve ricadere sotto il dominio della legge civile, dalla quale soltanto restano regolate, per gli effetti giuridici, le condizioni di validità del matrimonio stesso, le cause della sua nullità, le norme particolari per l'esercizio delle azioni relative (1). E non sarà inutile ricordare le fonti legislative più dirette, che dimostrano in tutta la sua forza la verità della regola secondo cui in tema di matrimonio, e specialmente per gli impedimenti a contrarlo, per le cause di sua nullità, la sola

---

(1) Cf. sopra, n. 18.

Se all'opposto si volesse ammettere, in via di massima, la forza legale del diritto canonico, di fianco al diritto civile, si dovrebbe per necessità logica dedurne che, non solo pel divieto al matrimonio dei sacerdoti, ma ancora per altri impedimenti, ad esempio, per i gradi di parentela, per la cognazione spirituale, per il divieto di matrimonio fra cattolici ed ebrei; sarebbero da ricercare e da applicare oggidì le norme del diritto ecclesiastico (Demolombe, III, 131).

Obbiezioni riprodotte dal Ricci (*Dir. civ.*, I, 61, 65); ma che trascendono veramente e svisano la tesi della Cassazione napoletana.

legge civile può applicarsi, e deve applicarsi in modo tassativo e rigoroso.

L'art. 48 delle disposizioni transitorie pel codice civile dichiara che: " Nelle materie che formano oggetto del " nuovo codice cessano di aver forza, dalla pubblicazione " di esso, *tutte le altre leggi generali e speciali, come pure* " *gli usi e le consuetudini, a cui il codice stesso espressamente* " *non si riferisca* „.

L'art. 98 del codice civile porta che: " *L'ufficiale dello* " *stato civile non può rifiutare la celebrazione del matrimonio* " *se non per causa ammessa dalla legge* „.

La legge 2 luglio 1866 sulla soppressione delle corporazioni religiose, all'art. 2 dichiara che: " I membri delle " corporazioni e congregazioni religiose *godranno*, dal giorno " della pubblicazione della presente legge, *del pieno esercizio* " *di tutti i diritti civili e politici* „.

Infine altra attestazione, anche più precisa per la questione attuale, si ha nelle discussioni della Commissione coordinatrice pel codice civile, già riferite sopra (1).

Dopo ciò, si dovrà convenire essere cosa molto ardua il risuscitare, di fronte al codice civile, l'impedimento al matrimonio derivante dagli ordini sacri. Si tratterebbe infatti di ammettere una causa di nullità del matrimonio, senza che nessuna disposizione di legge ne riconosca il titolo e determini le condizioni e le modalità di esercizio dell'azione relativa: mentre per ogni causa di nullità vediamo la legge stabilire con minuziosa cura (art. 104 e seg., cod. civ.) le cause specifiche della nullità, le persone che possono intentarne l'azione, i termini, le sanatorie. Sarebbe dunque (come infatti pretende la dottrina contraria) una causa di

---

(1) Verbali della Commissione di coordinamento, n. 6, § 1, p. 62.

Si confronti ora questa risultanza dei lavori preparatorii con quell'altra che, in senso contrario, volle desumersi dagli apprezzamenti individuali del Ministro guardasigilli, in linea di *previsione* dei futuri giudicati della giurisprudenza; e poi si dica quale delle due, e per la fonte da cui emana e pel suo significato logico, apparisce più decisiva.

nullità ammessa dalla legge civile *tacitamente*, o meglio mediante *rinvio* alle leggi ecclesiastiche! Per giungere ad una conclusione di tal sorta, la quale repugna evidentemente ai principii e alle fonti legislative sopra ricordate, occorrerebbero per certo argomenti così perentorii e così indiscutibili, da poter dire che quelle risultanze ne rimangono sopraffatte. Argomenti di valore incerto o di significato ambiguo non sono atti certamente, nè ammissibili, per un tanto effetto. In altri termini, neppure occorre di confutare completamente, ma basta il dimostrare dubitabili gli argomenti della dottrina contraria, per assicurare la dimostrazione della tesi nostra.

Ora le idee fondamentali su cui riposa la pretesa illegalità del matrimonio contratto da persona vincolata dagli ordini sacri, sono due. — Si dice che, per effetto dell'art. 1° dello Statuto, la legge della religione *forma parte del diritto pubblico* dello Stato, sicchè l'autorità civile non può sanzionare atti che da quella legge sono riprovati, anzi ritenuti sacrileghi. Ora quanto sia indeterminato ed esagerato questo concetto, non è chi non veda; poichè, a parte pure ogni disputa sul preciso valore dell'art. 1° dello Statuto, è indubitabile non essersi inteso con esso di riconoscere la *soggezione* della legge civile alla legge religiosa. E questa soggezione, che sarebbe il risultato intimo e finale della dottrina contraria, sconvolgerebbe tutto il sistema del diritto odierno; la cui nota caratteristica è di lasciare bensì campo e vigore alle leggi ecclesiastiche, ma solo *entro i rapporti puramente religiosi*, non già all'effetto di sovrapporre o mescolare i precetti della Chiesa alle norme e agli istituti del diritto civile.

Non meno ambigua e inconcludente, per giungere alla conclusione della nullità, è l'altra idea (pure cardinale in quella tesi) che la veste di sacerdote abbia, secondo la legge nostra, un *carattere sociale*, da cui deriverebbe l'impedimento al matrimonio per incompatibilità col carattere medesimo. — Conviene dire però che questo speciale argo-

mento non è un trovato della Cassazione di Napoli, nè di altri che in Italia hanno accolta la sua opinione. Esso fu già invocato da alcuni giureconsulti di Francia, nella disputa che anche colà fu sollevata, benchè in termini assai diversi da quelli in cui può essere proposta da noi.

In Francia è avviso pressochè unanime che gli ordini sacri non sono causa di nullità del matrimonio, cioè non costituiscono impedimento *dirimente* (1). Si questiona soltanto se la veste di sacerdote costituisca almeno un impedimento *proibitivo* o *impediente*, nel senso che l'ufficiale di stato civile possa legittimamente ricusare la celebrazione del matrimonio, senza però che in caso contrario ne risulti la nullità. Ed è qui che alcuni, fondandosi sul principio generale della avocazione alla autorità civile di tutto quanto concerne matrimonio e rapporti di famiglia, sul silenzio completo del codice circa l'impedimento degli ordini sacri, e sulle dichiarazioni fatte dal Portalis, nella esposizione dei motivi (2), ritengono che la qualità di sacerdote cattolico non importi impedimento alcuno, nè dirimente nè proibitivo, al matrimonio (3). Altri invece, argomentando dall'art. 6 della legge 18 germinale, anno X (la quale fra i casi di appello per abuso annoverava l'infrazione delle regole consacrate dai canoni accolti in Francia), argomentando dallo stesso brano citato dal Portalis, il quale diceva non più riconosciuti gli " empêchements *diriments* „ che derivavano dagli ordini sacri e dai voti monastici, argo-

---

(1) *Les mariages des prêtres catholiques sont valables aux yeux de la loi civile.* Aubry e Rau, V, § 464, 3°, e le molte autorità quivi citate. *Adde* Laurent, II, 369-370.

(2) " D'après ce principe, l'engagement dans les ordres sacrés, le voeu monastique et la disparité de culte qui, dans l'ancienne jurisprudence, étaient des empêchements diriments, ne le sont plus. Ils ne l'étaient devenus que par les lois civiles qui avaient sanctionné des règlements ecclésiastiques. Ils ont cessé de l'être depuis que la liberté de conscience est devenue elle-même une loi de l'État „.

Portalis, *Exposé des motifs du Code*, n. 27 (Locré, t. II, p. 386).

(3) Merlin, *Quest.* v° *Mariage*, § 5, n. 6, e *Répert.* v° *Célibat*, § 3; Valette sur Proudhon, I, p. 415; Serrigny, *Droit public français*, I, p. 567; Demolombe, III, 131; Laurent, II, 369-370.

mentando infine dal carattere *sociale* dei preti cattolici (che desumevasi dal concordato del 23 fruttidoro, anno IX, che ristabilì in Francia l'esercizio pubblico del culto cattolico), concludevano che gli ordini sacri costituiscono nel diritto francese impedimento al matrimonio, benchè un impedimento *proibitivo* soltanto (1).

Abbiamo voluto riassumere i termini della disputa di fronte al diritto francese, perchè ne risulta evidente quanto sia diversa la posizione della questione dinanzi al codice nostro. Da noi non è possibile nè si cerca ricorrere al mezzo termine di riconoscere negli ordini sacri un impedimento meramente *impediente*. Per noi si tratta solo di riconoscervi o no un impedimento dirimente, una causa di *nullità* del matrimonio. E gli argomenti che si addussero in Francia per quell'effetto più limitato, dovrebbero nel codice Italiano valere per l'effetto più grave della nullità. Nè basta; quegli argomenti, e in ispecie quello desunto dal carattere sociale del prete cattolico, erano addotti in Francia, in quanto confortati dalle fonti legislative e dalle dichiarazioni surriferite del Portalis. Per noi, invece, le risultanze dei testi di legge e dei lavori preparatori (2) contrastano apertamente ogni idea che gli ordini sacri costituiscano impedimento, sia dirimente, sia proibitivo, al matrimonio. Quindi il concetto che la veste di sacerdote abbia per se stessa un valore giuridico sufficiente per la incapacità al matrimonio, dovrebbe valere non come argomento sussidiario e concordante cogli atti, ma come argomento isolato e per di più cogli altri contrastante.

Ora quale significato intimo, e in ogni caso, quali conseguenze giuridiche possono annettersi al *carattere sociale* dell'ufficio di sacerdote? È quella una proposizione che nessuno può accogliere così facilmente, se si voglia intendere nel senso (ammesso dalla Cassazione di Napoli) che

---

(1) Marcadé, t. I, *Appendice sur les empêchements au mariage*, n. 8; Aubry e Rau, V, § 464, 3°.

(2) V. più sopra, n. 42, p. 142.

quel carattere sia sociale rimpetto alla società politica, anzichè rimpetto alla società religiosa. Ma data anche, per ipotesi, la risposta affermativa, resta sempre ad esaminare se possa dedursene la *conseguenza* del divieto legale del matrimonio, il quale divieto non è che uno dei particolari effetti del conferimento degli ordini sacri, o del valore o carattere giuridico che a questi si connetterebbe. Ora non dovrà dirsi precisamente che gli effetti giuridici e civili di quell'ufficio, dato che esistano, non potrebbero trovare applicazione per l'incapacità al matrimonio, tranne che per una speciale ed esplicita dichiarazione della legge civile? E non è egli vero che questa legge, non che riconoscere anche solo implicitamente un tale divieto, lo esclude invece apertamente, con tutte le manifestazioni che furono sopra rilevate?

Che se dalla vaga e indefinita affermazione di un carattere sociale, insito all'ufficio di sacerdote, si voglia proseguire, come devesi, all'analisi del suo preciso significato giuridico, come causa d'impedimento al matrimonio, si dovrà pur riconoscere che la ragione intima della incapacità sta veramente nel *voto del celibato*, ossia nella promessa solenne dell'ordinato di rinunciare al matrimonio e alla famiglia. Sarebbe questa promessa adunque che dovrebbe avere il valore di una *obbligazione*, non già ecclesiastica o spirituale soltanto, ma valida e sanzionata anche dalla legge civile! (1). — Conseguenza che non avrebbe certo bisogno di una confutazione, ma a cui non sarà fuori di luogo il contrapporre la disposizione testuale che dichiara illecita e contraria alla legge la condizione che impedisca tanto le prime nozze che le ulteriori (articolo 850, codice civile), e l'altra già citata dell'art. 2 della legge italiana 2 luglio 1866 che riconosce ai membri delle corporazioni religiose il pieno godimento di tutti i diritti civili e politici.

Ed ora brevissime parole basteranno circa gli altri par-

---

(1) Ciò che infatti non si peritava di affermare il MARCADÉ (loc. cit.).

ticolari argomenti, allegati nella tesi contraria, e che in realtà neppure meriterebbero una discussione. — Così quando si pretende, contro l'insegnamento comune, che le disposizioni della legge circa gli impedimenti e le nullità del matrimonio *non sono tassative*, si disconoscono le risultanze più certe del nostro diritto (1). Chè se l'articolo 79 del codice civile richiede la presentazione di tutti *gli altri documenti* che possono occorrere a comprovare la libertà degli sposi, esso va riferito naturalmente alla dimostrazione dello stato di libertà *secondo il codice medesimo;* per la quale dimostrazione possono infatti occorrere altri documenti, oltre quelli specificati nello stesso articolo; per esempio, decreti reali di dispensa, sentenze emesse contro il rifiuto di consenso degli ascendenti al matrimonio di minorenni, ecc. — E se esistono restrizioni speciali, non scritte nel *codice* civile, al matrimonio dei militari, è ben chiaro però che esse sono scritte in altre *leggi* di ordine politico e civile, e solamente da queste traggono la loro efficacia. — Così ancora, quando si vuole argomentare dagli art. 185 e 268 del codice penale Sardo (2), i quali puniscono ogni fatto che *offenda la religione o produca scandalo*, si dimentica o si ostenta dimenticare che il concetto e i limiti del reato di oltraggio alla religione non possono essere determinati, senza coordinarli al grande principio della *libertà individuale di coscienza*, che le leggi nostre mantengono e guarentiscono (come si è veduto) anche agli individui impegnati dai voti ecclesiastici (3).

---

(1) Cf. il n° precedente.

(2) Veramente, solo l'art. 185 è in questo senso. L'art. 268 (modificato colla legge 5 giugno 1871) contempla invece i reati commessi dai ministri del culto contro l'ordine dello Stato.

(3) Notisi, al postutto, che l'art. 185 del codice penale Sardo non trova riscontro nel nuovo codice penale Italiano (art. 140-144); il quale considera e punisce soltanto: il turbamento di funzioni o cerimonie religiose — il vilipendio pubblico inflitto al credente di un culto — la distruzione o il guasto di cose addette al culto — la violenza usata contro il ministro di un culto.

Cf. la Relazione ministeriale Zanardelli alla Camera dei Deputati, § 83.

Concludendo adunque, il fatto di chi, vincolato dagli ordini sacri, infrange la regola dell'ordine, per assumere lo stato matrimoniale, sarà agli occhi dei credenti moralmente vituperevole, porterà seco tutte le conseguenze e le sanzioni disciplinari proprie alla Chiesa: ma di fronte alla legge civile, il sacerdote ha pur esso il pieno esercizio dei diritti civili, nè può quindi trovare impedimento o causa di nullità al matrimonio che venga da lui contratto (1).

44. Ritornando ora ai principii generali, è da ricordare che gli impedimenti dirimenti, derivanti dalla mancanza delle condizioni richieste per la validità del matrimonio, producono la nullità talvolta *assoluta*, talvolta *relativa*, del matrimonio contratto in onta a quegli impedimenti. Distinzione questa che si determina in ragione delle persone a cui la legge concede l'esercizio dell'azione di nullità; secondochè possano proporla tutti coloro che vi abbiano interesse, o solo certe persone determinate dalla legge stessa (2). Ordinariamente sono assolute le nullità di ordine pubblico, relative quelle d'interesse privato. Tuttavia la nozione delle nullità assolute o relative non coincide esattamente e costantemente con quella delle nullità d'ordine pubblico o privato (3). In tema di matrimonio in ispecie accade non di raro che, per ragioni di convenienza morale o sociale, la legge rende non assoluta ma relativa una nullità, che pure non è fondata sopra motivi di mero interesse privato. E può avvenire altresì che certe nullità, quantunque assolute (perchè deducibili da qualunque interessato), pos-

---

(1) In questo senso, oltre le autorità citate sopra (pag. 148); Pacifici-Mazzoni, *Istituz. di dir. civ.* (2ª Edizione), II, 122; Borsari, *Comm. Cod. civ.*, I, §§ 225-231; Ricci, *Diritto civ.*, I, 61-65; Buniva, *Delle persone* (Torino, 1871), I, pag. 161-164; Alianelli, *Monografia nella Gazzetta del Procuratore*, IV, pag. 325; Corte di Genova, 16 luglio 1866 (*Annali*, I, 2. 6); Corte d'appello di Napoli. 22 febbraio 1869 (*ivi*, III, 2, 17); Corte di Cagliari, 15 maggio 1869 (*ivi*, IV, 2, 144); Corte d'appello di Palermo, 22 giugno 1878 (*Fôro ital.*, IV, 1, 660); Cass. di Napoli, 27 aprile 1882 (*ivi*, 1, 1114).

(2) Cf. sopra, n. 35 in fine.

(3) Cf. il vol. I, n. 98, p. 544-545.

sono tuttavia rimanere coperte o sanate da circostanze e fatti particolari; mentre sarebbe carattere generale delle nullità assolute di rimanere perpetue ed insanabili. — Del resto non facciamo qui che accennare a principii, che troveranno poi sede più appropriata di svolgimento nel corso ulteriore della trattazione.

Ora è utile piuttosto avvertire che la distinzione fra nullità assoluta e relativa del matrimonio, se non formulata in modo espresso, è però incontestabilmente riconosciuta ed applicata dalla legge nostra; essendo evidente che l'articolo 104 cod. civ. si occupa appunto della prima, e della seconda si tratta negli art. 105 e seguenti. Così non resta che di presentare, per comodo di esposizione, il prospetto delle diverse condizioni di validità del matrimonio, la mancanza delle quali (impedimenti *dirimenti*) importa la nullità o assoluta o relativa del matrimonio stesso, secondo il codice nostro. Avvertiremo pure che tra queste condizioni alcune sono richieste in senso *positivo*, altre in senso *negativo* (1). Il che, se può produrre una apparente contraddizione nei termini della loro enunciazione, non nuoce però alla sostanza delle cose, nè alla intelligenza del loro vero significato.

Tali condizioni riguardano:

A pena di nullità assoluta:

1° L'età prefissa dalla legge (art. 55).
2° Il vincolo di anteriore matrimonio (art. 56).
3° Il vincolo di parentela (art. 58-59).
4° Il vincolo di affinità (*ib.*).
5° Il vincolo dell'adozione (art. 60).
6° Il reato di omicidio consumato o tentato sul coniuge anteriore della persona colla quale vorrebbesi contrarre matrimonio (art. 62).

---

(1) Cf. sopra, n. 36.

7° La competenza dell'ufficiale celebrante e la presenza dei testimoni (art. 104, § 2).

A pena di nullità relativa:

1° La validità del consenso (art. 105).
2° L'impotenza (art. 107).
3° Il consenso delle persone dalla cui autorità dipenda uno degli sposi (art. 63-67).
4° L'interdizione (art. 112).

§ I. — *Condizioni richieste a pena di nullità* assoluta.

A — Età necessaria pel matrimonio.

Sommario. — 45. Limite minimo dell'età pel matrimonio, secondo il Codice nostro. — 46. Dispensa possibile da questa condizione. — 47. Non vi ha limite *massimo* di età, dopo cui sia vietato il matrimonio. — 48. Dei matrimoni *in extremis.*

45. La procreazione della prole essendo uno degli scopi normali del matrimonio (1), non possono quindi essere reputati capaci a contrarlo validamente coloro che per età non siano ancora atti alla generazione, gl'impuberi. — Ammettendo questa come condizione necessaria alla validità legale del matrimonio, la legge deve però stabilire, in modo generale per tutti e costante, l'età alla quale la pubertà si presuma. Ed era a ciò che avevano mirato il diritto romano ed il canonico, fissando a quattordici anni pei maschi ed a dodici per le femmine il limite minimo d'età per poter contrarre matrimonio. — Ma oltre a questo, altri aspetti ancora si presentavano, tanto nel rapporto fisico che nel morale, nei quali era importantissimo considerare questo punto e regolarlo. Nel rapporto fisico non bastava potersi presumere generalmente la pubertà, ma interessava non permettere il matri-

(1) Cf. n. precedente.

monio prima di quell'età nella quale il maggior numero degli individui abbia raggiunto uno sviluppo abbastanza completo perchè una unione troppo precoce non nuoca a coloro stessi che la contraggono e non prepari imperfezioni e debolezza alla generazione che verrà da loro. Nel rapporto morale poi la gravità dell'atto che lega intimamente e perpetuamente due esistenze, e il porsi i contraenti a capo di una nuova famiglia, il cui governo deve esser loro affidato, persuadevano ad esigere nei contraenti quella maturità di consiglio che non si acquista se non col perfezionamento dell'organismo e colla esperienza dovuta all'età.

Da queste considerazioni procedè la riforma introdotta dal diritto francese, che portò a diciotto anni compiuti per l'uomo, a quindici anni compiuti per la donna, l'età necessaria per contrarre matrimonio.

Un illustre scrittore moderno ha censurato anzi, come ancora troppo larga, la concessione del matrimonio a questa età; ravvisando incoerente che la maggiore età civile ordinaria, richiesta per la validità dei contratti comuni, non sia necessaria per l'atto gravissimo del matrimonio (1). Sembra però che egli abbia considerata la cosa da un lato solo, cioè per la importanza morale del matrimonio; mentre vi è pure il lato fisiologico da valutare, e sotto questo aspetto l'età di 18 e 15 anni può considerarsi come un giusto temperamento; tanto più, essendo richiesto per guarentigia del matrimonio dei minorenni il consenso dei parenti.

L'esempio di quella legislazione fu dunque imitato nel codice nostro, il cui art. 55 dispone così: “ Non possono “ contrarre matrimonio, l'uomo prima che abbia compiuto “ gli anni diciotto, la donna prima che abbia compiuto “ gli anni quindici „.

Alla Commissione di coordinazione fu proposto da uno

(1) Laurent, II, 281; cf. Saredo, *Tratt. di dir. civ.* (Firenze, 1869), p. 348.

dei Commissari di stabilire l'età a cui si può contrarre matrimonio, ad anni 12 per le femmine ed a 14 pei maschi, sulla considerazione che " a quell'età l'uomo e la donna " sono atti ai fini del matrimonio, massime nelle provincie " meridionali del regno, dove la pubertà è assai precoce; " che non si deve restringere senza ragione la libertà dei " cittadini, non permettendo il matrimonio che tre o " quattro anni dopo; che del resto il progetto stesso, " ammettendo che a quella età vi possa essere matrimonio " per dispensa del re, riconosce con ciò come sia possibile " il contrarlo senza inconveniente fisico o morale ". A queste considerazioni furono però contrapposte le altre già sopra riferite, e la proposta suddetta fu respinta (1).

46. Per quanto saviamente determinata fosse l'età richiesta pel matrimonio, sarebbe stato improvvido il precludere assolutamente la via a far piegare alle esigenze di casi particolari la regola comune, la quale non potè essere stabilita fuorchè fondandosi su quello che più generalmente avviene.

Una giovinetta, per esempio, è rimasta incinta prima di avere compiuto il quindicesimo anno d'età. S'ella avesse contratto matrimonio in onta alla proibizione della legge, lo stato di gravidanza sopraggiunto vieterebbe d'impugnare quel matrimonio non ostante l'impedimento dirimente di età (art. 110, n. 2, cod. civ.). Sarebbe egli conveniente che le fosse tolta assolutamente la possibilità di affrettare la reintegrazione del proprio onore e di quello della sua famiglia, di assicurare uno stato legittimo alla prole, facendosi eccezionalmente autorizzare a contrarre il matrimonio con chi le fu complice nel suo fallo, prima che l'età ordinariamente richiesta siasi compiuta? Questo ed altri gravi motivi possono verificarsi, i quali consigliavano ad ammettere la possibilità di alcune rare eccezioni alla regola gene-

(1) V. Proc. verb., n. 5, § 11.

rale circa l'età prefissa a poter contrarre matrimonio. E il codice nostro vi provvide coll'art. 68; ove, dopo essersi dichiarato che il re, *quando concorrano gravi motivi*, può dispensare dagli impedimenti indicati nei numeri 2 e 3 dell'art. 59, si soggiunge nel secondo paragrafo che " può " anche dispensare dall'impedimento di età, ed ammettere " al matrimonio *l'uomo che ha compiuto gli anni quattordici* " *e la donna che ha compiuto gli anni dodici* „.

Alla Commissione coordinatrice un illustre giureconsulto che ne faceva parte, chiese che non si conservasse questo che egli chiamava *arbitrio* della dispensa; arbitrio, aggiungeva, sempre più da evitarsi che da favorirsi. Ma non parve meritare questa qualificazione la facoltà concessa al Capo supremo dello Stato di riconoscere il buon fondamento e la gravità dei motivi che vengano addotti in appoggio di una domanda di dispensa. Ed anzi, appunto nell'intendimento di procacciare una garanzia contro possibili abusi, non era stata accolta la proposta, che era stata fatta da qualche Corte d'appello, di dare la facoltà di dispensare dagli impedimenti alla autorità giudiziaria, anzichè al Governo, per la ragione addotta che quella meglio di questo fosse in grado di accertare la giustizia della causa per cui la dispensa fosse stata chiesta. All'autorità giudiziaria, in quanto può essere in più opportune condizioni per verificare i fatti e valutarne da vicino la importanza, è però lasciata una parte abbastanza considerevole dal regolamento per lo stato civile decretato dal re il 15 novembre 1865 (n. 2602); poichè, secondo gli art. 79, 80 e 81 di quel decreto, le domande per ottenere la dispensa dall'impedimento di età devono essere indirizzate al Ministero di grazia e giustizia *per mezzo del procuratore generale presso la Corte d'appello nella cui giurisdizione i richiedenti od uno di essi hanno la loro residenza*, presentando insieme *tutti i documenti che secondo i casi giustificano i fatti e le ragioni esposte*. Il procuratore generale poi *assume sollecitamente informazioni sulla domanda*, e la spedisce al Mini-

stero di grazia e giustizia *col suo parere* e con tutte le carte necessarie.

I motivi pei quali può essere chiesta ed accordata la dispensa devono essere *gravi*. Ciò risulta dalla natura stessa delle cose, dal trattarsi di una eccezione da farsi ad una regola generale d'ordine pubblico, e dal testo medesimo dell'art. 68, il cui secondo paragrafo si lega intimamente al primo, nel quale è espresso che le dispense dagli impedimenti non possano concedersi se non *quando concorrano gravi motivi*. La valutazione di questa gravità, relativa a ciascun caso speciale, non poteva, del resto, che essere abbandonata alla saviezza del Governo, essendo impossibile stabilir norme generali che valessero a precisare gli elementi di tale gravità.

Come limite alle facoltà del Governo si è però imposto che l'uomo, a cui si conceda dispensa dall'impedimento di età pel matrimonio, debba aver compiuti almeno gli anni quattordici, e la donna i dodici, affinchè sia raggiunta almeno, secondo ciò che si verifica nel maggior numero dei casi, la pubertà.

Pertanto la dispensa accordata a chi non fosse ancora giunto a questo limite minimo d'età, non avrebbe efficacia in diritto e non sanerebbe la nullità di cui il matrimonio sarebbe infetto per mancanza della età legale nel contraente (art. 104, cod. civ.).

L'art. 68, parlando di *dispensa dall'impedimento di età*, suppone evidentemente che tale dispensa sia chiesta ed ottenuta *prima della celebrazione del matrimonio*. Nel capo VI che tratta *delle domande per nullità di matrimonio*, di fronte alla regola generale dell'art. 104 che pone fra gli impedimenti dirimenti portanti *nullità assoluta* quello per ragione della età degli sposi, di fronte agli art. 110 e 111 che stabiliscono le cause *eccezionali* per le quali *a qualunque persona interessata* od *a certe persone determinate* è tolta la facoltà d'impugnare il matrimonio che sarebbe nullo per la età dei contraenti, nulla abbiamo che accenni a poter

essere sanata tale nullità per dispensa che il re avesse conceduta posteriormente alla celebrazione del matrimonio medesimo. Non è dunque possibile questa nuova *eccezione* non scritta nella legge. Ciò d'altronde si conforma, anche sotto un altro aspetto, ai principii generali di diritto; imperocchè non vi può essere concessione che distrugga e paralizzi diritti già *acquistati da terze persone*, e il diritto a proporre la nullità di un matrimonio contratto fra individui non aventi l'età richiesta essendo all'atto stesso della celebrazione immediatamente acquisito per tutti gl'interessati, non è dunque possibile l'effetto giuridico d'una dispensa che, sopravvenendo al matrimonio già contratto, non tenda ad autorizzarne la celebrazione futura, ma a sanarne anche pel passato la nullità (1).

47. Mentre la legge, per le ragioni dette sopra, stabilisce un *limite minimo* di età, prima di cui non si possa congiungersi validamente in matrimonio, non fissa al contrario *nessun limite massimo*, varcato il quale non sia più lecito contrarlo. Di questo fu fatto cenno altrove, e se ne trasse argomento a conferma del principio che la capacità a generare non debbasi considerare come requisito di essenza del matrimonio (2). Siccome poi tutto ciò che non sia naturalmente necessario alla esistenza giuridica, ma riguardi soltanto la regolarità od anche la validità legale del matrimonio, è in dominio esclusivo della legge civile, le cui disposizioni, come più volte abbiamo avuto occasione di ripetere, debbono in questa materia applicarsi piuttosto ristrettivamente che in modo estensivo; e siccome fra le disposizioni del nostro codice nemmeno una parola troviamo che accenni a considerare come un impedimento al matrimonio l'età senile dei contraenti o d'uno di essi, così non vi può essere dubbio che per quanto inoltrata fosse la

---

(1) Aubry et Rau sur Zachariae, § 461, n. 3 in f.; Demolombe, t. III n. 334.
(2) V. sopra n. 39.

vecchiaia di chi vuol contrarre matrimonio, non potrebbe questa considerarsi mai come una causa di nullità di esso.

E per le stesse ragioni la sproporzione d'età tra gli sposi, per quanto grande e sconveniente fosse, non potrebbe mai essere causa d'impedimento; salvo s'intende di far dichiarare inesistente o far annullare il matrimonio se si dimostrasse essere mancato od essere viziato il consenso pel quale sarebbe stato contratto. Parimente non costituirebbe impedimento l'essere uno degli sposi agli estremi della vita allorchè il matrimonio si celebrasse.

48. Secondo l'antica giurisprudenza francese si ritenevano privi degli effetti civili i matrimoni che dicevansi *in extremis vitae;* ed erano quelli dei quali si provasse: 1° che un commercio illecito avesse preceduto il matrimonio, 2° che all'atto della celebrazione uno degli sposi fosse in uno stato d'infermità che lo ponesse agli *estremi della vita.* L'unione coniugale che si formasse nel concorso di queste circostanze era considerata come contraria alla moralità ed all'interesse pubblico, e la legge civile le rifiutava la sua sanzione, per non incoraggiare indirettamente le relazioni illecite e scandalose, lasciando campo alla condotta di chi, durante la vita, cerchi le dolcezze del matrimonio, sfuggendone gli oneri legali, salvo poi coonestare all'ultimo quella relazione con un simulacro di matrimonio. È manifesto però quanto delicate e difficili questioni dovesse suscitare una tale massima; delicate quanto alle indagini che occorreva di fare, penetrando nei segreti delle famiglie, per scoprire la illecita relazione precedente; difficilissime spesso quanto ad accertare che lo sposo fosse veramente agli estremi della vita, al momento in cui avesse prestato il consenso al matrimonio. Oltre di che, se il matrimonio ammesso in tali circostanze avrebbe potuto talvolta riuscire indirettamente a fomentare le illecite unioni, non è negabile però che più di frequente esso sarebbe un risultato consolante del pentimento sulle sregolatezze della vita

trascorsa, una desiderabile riparazione all'onore degl'individui e delle famiglie, un mezzo necessario per sottrarre la prole innocente ad un danno e ad un disdoro immeritato, ponendola nello stato della legittimità.

Perciò le legislazioni moderne non vietano la celebrazione dei matrimoni *in extremis vitae*.

Quanto al nostro codice in particolare fu detto, nella relazione della Commissione senatoria (1), che " La disposizione dell'art. 85 del progetto (97 del codice), la quale " permette all'uffiziale dello stato civile di trasferirsi col " segretario e con quattro testimoni presso uno sposo impedito da infermità di recarsi alla casa comunale, rende " possibili i matrimoni che si dicono *in extremis* „.

Ma in appresso fu fatto ben più che rendere semplicemente possibili questi matrimoni, ammettendo che si celebrino fuori della casa comunale e senza pubblicità, per eccezione alla regola stabilita nell'art. 93 del cod. civ. Si è fatto assai più; poichè si è voluto *facilitarli*, dispensando dalle *formalità preliminari* delle pubblicazioni e del deposito dei documenti ordinariamente richiesti. Ciò però sotto alcune condizioni speciali, e così: 1° che uno degli sposi sia in *pericolo imminente di vita*; 2° che gli sposi stessi abbiano *prole naturale vivente da legittimare*; 3° che alla mancanza dei documenti e delle pubblicazioni si supplisca colla *dichiarazione giurata di quattro testimoni* che accertino non esistere impedimenti; 4° che se lo sposo è minore siavi il consenso degli ascendenti o del tutore.

Tutto questo risulta dall'art. 78 del R. Decreto 15 novembre 1875 sull'ordinamento dello Stato civile (in esecuzione della legge 2 aprile 1865); articolo così concepito:

" Nel caso di *imminente pericolo di vita*, se gli sposi hanno *prole naturale vivente che intendono legittimare*, l'ufficiale dello stato civile può procedere alla celebrazione del matrimonio, *omessa ogni formalità*, purchè vi preceda

---

(1) V. Relaz. Vigliani, tit. V, § 55.

la *dichiarazione giurata di quattro testimoni* che accertino *non esistere fra gli sposi impedimenti* di parentela, di affinità o di stato, e siavi il *consenso degli ascendenti o del tutore* „.

Evidentemente è questa la disposizione che contempla i matrimoni *in extremis* (nel senso speciale della parola, cioè quanto al potersi prescindere dalle forme ordinarie della celebrazione), non l'art. 97, cod. civ., il quale dispone *in genere* sul caso che non si possa, per qualunque impedimento giustificato, e indipendentemente dal pericolo di vita in uno degli sposi, ottemperare alla regola dell'art. 93, secondo cui la celebrazione del matrimonio deve farsi pubblicamente *nella casa comunale*.

B — Vincolo di anteriore matrimonio.

Sommario. — 49. La monogamia è di diritto naturale. Il matrimonio contratto da chi sia vincolato da nozze anteriori non è però *inesistente*, ma impugnabile per *nullità assoluta*. — 50. La nullità del secondo matrimonio suppone la *validità* del primo. — Conseguenze. — 51. Come sia impugnabile il matrimonio contratto dal coniuge di un *assente*.

49. A parte la disputa che si dibatte nel campo filosofico circa la esistenza di un diritto *naturale*, o più veramente sul *modo* di concepirlo e di intenderlo (1), non è mestieri spendere parole a dimostrare il fondamento razionale dell'impedimento che prendiamo in esame. La poligamia, come ben disse un eminente civilista moderno, repugna a tutti i nostri sentimenti e alle nostre idee (2). Tantochè la legge nostra, come del resto tutte le legislazioni civili, antiche e moderne, non solo proclamano il divieto di contrarre nuovo matrimonio per chi sia legato da un primo, ma nel fatto di contrarlo trovano una infrazione così grave dei doveri nascenti dal primo, da riconoscervi un reato (art. 359, 360, cod. penale Italiano).

Fra le due specie in cui si distingue la pluralità dei ma-

---

(1) V. il Vol. I, n. 3-4, e l'opuscolo di Ferd. Bianchi, *La giustizia e l'azzardo nel diritto*, § 7 (*Rivista italiana per le scienze giuridiche*, v. IX, f° 1).
(2) Laurent, II, 360.

trimoni, la *poliandria*, cioè la unione di una stessa donna a più mariti, è la negazione stessa del matrimonio e della famiglia; non solo per la incompatibilità assoluta che nascerebbe da una posizione siffatta col carattere etico che costituisce la dignità e insieme il fondamento del matrimonio, quale istituto giuridico; ma ancora perchè la incertezza sulla paternità dei figli nati da quella donna toglierebbe al matrimonio la sua funzione più importante, come base della famiglia.

Meno repugnante, sotto questo secondo aspetto, ma pur sempre contraria al senso morale, ai fini del matrimonio e al bene sociale, è l'altra forma detta *poligamia* in senso stretto, cioè la unione di più mogli con un solo marito. La quale ha per unica sua causa la prevalenza della sensualità sulla ragione; mentre nei suoi effetti lede anzitutto l'uguaglianza fra i coniugi, esclude l'armonia fra l'amore unico della donna e quello spezzato e diviso del marito, degrada quindi moralmente il vincolo coniugale; ed è infine fomite inevitabile di dissidi domestici, sia tra i coniugi, sia tra i figli, producendo ancora (come è provato nel fatto) con una diminuzione relativa della fecondità il decadimento fisico della razza. — Bastano questi cenni a spiegare come, per generale consenso, il concetto della monogamia sia considerato conforme al diritto naturale; per quanto risulti dalla tradizione biblica che Iddio avesse permesso una volta ad un popolo intiero la pluralità delle mogli (1).

Così anche nel codice nostro, per quanto riguarda gli effetti civili, troviamo scritto il principio “ *Non può con-*
“ *trarre altre nozze chi è vincolato da un precedente matri-*
“ *monio* „ (art. 56, cod. civ.). Al quale precetto fa riscontro la sanzione penale che colpisce chi, contravvenendo al precetto medesimo, commette il reato di bigamia (art. 359, 360, cod. penale).

---

(1) Sulla interpretazione di questa tradizione, v. Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n. 100-101; cf. Laurent, loc. cit.

Non devesi però fraintendere la portata di questo principio, per quanto importante e solenne. Il matrimonio contratto in onta al vincolo di un matrimonio anteriore non può considerarsi come *inesistente* in diritto, ma solo come *annullabile*, sebbene in forza di nullità *assoluta* (art. 104, cod. civ.). In tale matrimonio infatti non mancherebbero le condizioni che sono necessarie per la sua *essenza*, secondo le nozioni già sviluppate (1); nè la capacità naturale delle parti, nè il consenso, nè (si suppone) la celebrazione solenne della unione coniugale. Il dubbio che potrebbe sorgere, in riguardo al primo di questi tre elementi, rimane eliminato dal riflesso che la incapacità personale, precludente la via alla esistenza giuridica del matrimonio, è quella soltanto che per le condizioni intrinseche proprie della persona, rende *inconcepibile* la formazione giuridica del vincolo conjugale; talchè le condizioni di capacità naturale si limitano alla differenza di sesso tra i contraenti, ed all'attitudine di ciascuno di essi a prestare il consenso. Ora è ben diverso il carattere della condizione necessaria pel matrimonio, che consiste nel non essere i contraenti vincolati da un matrimonio anteriore. La persona avrebbe in se stessa, fisicamente e intellettualmente, tutte le qualità necessarie per contrarre le nuove nozze. Soltanto, questa sua facoltà individuale rimane in essa paralizzata dal legame del precedente matrimonio tuttora sussistente. Ma la esistenza medesima di questo ostacolo implica che la persona non è per se stessa *incapace* naturalmente al matrimonio.

Questi concetti che risultano abbastanza sicuramente, ci sembra, dalla condizione delle cose, trovano una conferma evidente nello stesso contegno della legislazione nostra in questa materia. E infatti mentre essa, come fu avvertito (2), ha ommesso qualunque disposizione espressa, circa le cause di *inesistenza* giuridica del matrimonio, rimettendosi così

---

(1) V. sopra, n. 37 e seg.
(2) V. sopra, n. 33, pag. 114.

ai principii generali di diritto, ha invece disposto espressamente per l'impedimento derivante dal vincolo di un matrimonio anteriore (art. 56), classificandolo tra le cause di *annullabilità assoluta*, dettando ancora norme speciali per l'esercizio dell'azione relativa (art. 113, 114); il che tutto sarebbe completamente inutile, laddove fosse caso di inesistenza giuridica del secondo matrimonio.

50. L'impedimento nascente dalla esistenza d'un precedente matrimonio non può essere *dirimente*, se non quando quel matrimonio anteriore sia stato validamente contratto; chè se fosse nullo, non potrebbe esserne nato il *vincolo* che impedisce il contrarre nuove nozze, secondo la massima proclamata nell'art. 56 del codice civile. E questo diciamo, non tanto del caso in cui il primo matrimonio fosse *inesistente giuridicamente;* quanto di quello in cui fosse semplicemente *annullabile*. Nella prima ipotesi è troppo evidente, per aver bisogno anche solo di enunciarlo, che un atto la cui esistenza come matrimonio fosse soltanto apparente, non reale, non potrebbe avere l'effetto d'impedire il vero matrimonio che una delle persone le quali fossero state parti in quell'atto volesse poi contrarre con altra persona. Ed allora quel matrimonio inesistente, non solo non costituirebbe impedimento *dirimente*, ma nemmeno *impediente* delle nuove nozze; almeno quando la causa dell'inesistenza giuridica fosse tale da poter essere rilevata evidentemente dalla semplice ispezione dell'atto, senza bisogno di pronunciare giudizi, di valutare fatti. A tali giudizi e valutazioni non potrebbe certo essere competente l'uffiziale dello stato civile; il quale perciò, sotto le pene stabilite dalla legge (art. 79, § 3°, 124 codice civile), dovrebbe rifiutarsi di procedere alla celebrazione delle nuove nozze sino a che non fosse dichiarata dall'autorità giudiziaria competente la inesistenza giuridica del matrimonio anteriore; e questo intanto costituirebbe quindi un *impedimento impediente*. Così se il preteso matrimonio anteriore non fosse stato

celebrato davanti un uffiziale dello stato civile, ma fosse stato contratto innanzi ad un altro funzionario pubblico qualunque, o privatamente, se dall'atto ricevuto dall'uffiziale apparisse avere una delle parti rifiutato il proprio consenso, l'uffiziale di stato civile richiesto di procedere alla celebrazione di nuove nozze potrebbe e dovrebbe prestarvisi, senza fermarsi a quell'atto, che non avrebbe neppure l'apparenza esteriore dell'esistenza giuridica di un matrimonio. Ma se si pretendesse falso l'atto del primo matrimonio, come constatante un consenso non prestato realmente; se si allegasse non essersi il consenso veramente formato per vizio di mente di cui fosse affetto uno dei contraenti; l'uffiziale dello stato civile non potrebbe rendersi giudice del fondamento di queste affermazioni, e finchè l'autorità competente non avesse pronunziato non potrebbe procedere agli atti necessari per la celebrazione del nuovo matrimonio; sicchè questo incontrerebbe un *impedimento impediente* in quell'atto di matrimonio anteriore, quantunque in realtà falso, o quantunque portante un consenso non attendibile per infermità mentale d'una delle parti.

L'annullabilità del precedente matrimonio esclude che esso possa costituire un *impedimento dirimente* alla celebrazione di nuove nozze. Nè in questo vi è da distinguere se si tratti di nullità *assoluta* o *relativa*. Che importa infatti se sia anche relativa soltanto, quando poi essendone esercitata l'azione dalle persone alle quali essa è attribuita dalla legge, la nullità sia effettivamente dichiarata? L'effetto di questa dichiarazione sarà pur sempre, come per la nullità assoluta, di far considerare l'atto annullato come se non avesse mai esistito. E ciò posto, come sarebbe possibile che da questo atto, il quale è riputato non avere esistito mai, fosse derivato quel *vincolo giuridico* di anteriore matrimonio, che secondo l'articolo 56 vieta di poter contrarre altre nozze?

Certamente fra le nullità assolute e le relative vi hanno

differenze gravissime (1) e delle quali non si può mancare di tenere il debito conto anche qui. Così, mentre le *nullità assolute* sono proponibili da qualunque persona interessata, le *relative* sono proponibili soltanto da coloro in favore di cui sono dalla legge introdotte; e quelle generalmente, salve le eccezioni espressamente stabilite dalla legge, sono *insanabili e perpetue*, mentre queste sono soggette ad estinzione per decorso di tempo, e sanabili per rinuncia espressa o tacita che le persone a cui l'azione di nullità compete facciano al diritto introdotto in loro favore. Pertanto a sostenere la validità delle nuove nozze contratte da una persona, non si potrà addurre la *nullità relativa* del matrimonio precedente di lei, se non quando tale nullità sia proposta dalle persone a cui la legge ne attribuisce l'azione, entro i termini speciali da essa prefissi, e senza che sia intervenuto nessuno di quei fatti che a tenore della stessa legge fanno presumere la rinunzia alla nullità e convalidano così il matrimonio. Ma ad ogni modo sarà sempre vero che la nullità, quantunque *relativa*, del matrimonio precedente, formerà ostacolo a poterlo considerare assolutamente come *impedimento dirimente* delle nuove nozze.

Nè poi è necessario che la nullità del primo matrimonio sia stata dichiarata giudizialmente avanti la celebrazione del secondo. Le nullità, è vero, non operano mai i loro effetti *di pien diritto;* abbisognano sempre d'essere proposte davanti ai giudici competenti, entro i termini e sotto le condizioni dalla legge stabilite, e d'essere dai giudici stessi pronunziate. Ma ciò che qui forma oggetto vero e diretto della quistione non consiste veramente negli effetti della nullità delle nozze precedenti, ma riguarda *la validità o nullità del nuovo matrimonio*. Ora perchè questo fosse nullo, non ostante che contenga tutti i requisiti essenziali alla sua esistenza giuridica, sarebbe necessario che si *verificasse positivamente la validità del matrimonio anteriore*.

---

(1) V. sopra, n. 44.

Se al contrario esso è nullo, sebbene non ancora dichiarato tale, non potrà render nullo il nuovo matrimonio, non potrà quindi costituire un *impedimento dirimente;* imperocchè la dichiarazione di nullità, una volta che sia pronunciata, avrà *effetto retroattivo*, farà considerare il matrimonio annullato come se non fosse mai esistito, sicchè si verificherà allora che le nuove nozze saranno state contratte *da chi non era vincolato da un matrimonio precedente.*

Ma se il matrimonio anteriore, annullabile ma non ancora annullato, non costituisce un impedimento dirimente delle nuove nozze, ben però ne oppone loro un *impediente.* L'uffiziale dello stato civile, a cui constasse del matrimonio anteriormente contratto da una delle persone che gli si presentano per celebrare tra loro nuove nozze, non potrebbe ammetterle a questa celebrazione (art. 124, codice civile), non potrebb'egli costituirsi giudice della validità o nullità del matrimonio precedente; e dovrebbe attendere che gli fosse presentata la sentenza dichiarativa della nullità (art. 79, § 3, cod. civile).

Riassumendo, adunque, abbiamo accertate le seguenti massime:

1° che solo un precedente *matrimonio valido* costituisce *impedimento dirimente* alle nuove nozze che si volessero contrarre;

2° che il *matrimonio annullabile*, ma non ancora annullato giudizialmente, produce *impedimento impediente;*

3° che il *matrimonio annullato giudizialmente* non lascia più *nessun impedimento.*

Dalle teorie esposte finora discende molto facile la spiegazione di quanto dispone nella sua seconda parte il § 1° dell'art. 113. " Se viene opposta — ivi è detto — la nullità " del primo matrimonio, tale opposizione dev'essere pre- " ventivamente giudicata ". Poichè infatti la validità o la nullità del secondo matrimonio dipende dalla nullità o dalla validità del primo, è chiaro che se, per difendersi dall'azione intentata per la dichiarazione della nullità di quello, il con-

venuto opponga la nullità di questo, ciò costituirà un'*eccezione pregiudiziale*, su cui sarà quindi necessario pronunziarsi *preventivamente*. Questa *eccezione pregiudiziale* poi può essere opposta da qualunque persona interessata a sostenere la validità del nuovo matrimonio, se sia *assoluta* la nullità addotta contro il matrimonio precedente; chè se fosse *relativa* non potrebb'essere proposta, come sopra si notava, se non dalle persone designate dalla legge, come quelle per le quali esclusivamente tale nullità relativa è introdotta.

L'impedimento dirimente, che risulta da un precedente matrimonio valido, non può cessare se non per lo scioglimento di quel matrimonio, e purchè tale scioglimento sia avvenuto *prima* della celebrazione delle nuove nozze. Ma se dopo questa celebrazione si fosse verificata la morte del coniuge anteriore, ciò non formerebbe nessun ostacolo alla ricevibilità della domanda in nullità diretta contro il secondo matrimonio, contratto mentre sussisteva ancora il primo. Questa teoria, manifestamente giusta, è professata senza contrasto dalla dottrina, e non contraddice nemmeno alla opinione che la morte del coniuge la cui esistenza formava ostacolo alla validità del secondo matrimonio estingua l'azione di nullità *spettante al pubblico ministero*; poichè, come vedremo, quella massima sarebbe affatto speciale, dipendente dalla cessazione di quei particolari motivi, di scandalo e disordine da riparare, che formano il solo fondamento dell'azione attribuita al rappresentante della società (1).

51. Dalle cose dette nel numero precedente risulta, che soltanto un matrimonio *validamente contratto ed attualmente esistente* può formare *impedimento dirimente* alla celebrazione di nuove nozze per parte d'uno di coloro che in

(1) Aubry et Rau sur Zachariae, § 461; Demolombe, t. III, n. 310, 314; contra Laurent, II, 496.

quel matrimonio anteriore erano vincolati; che poi l'impedimento dirimente che deriva da un precedente matrimonio valido non può cessare se non per lo scioglimento avvenuto di quel matrimonio, prima della celebrazione delle nuove nozze.

Ma che cosa avverrà dunque quando consti bensì di un precedente matrimonio valido, da cui sia stato vincolato chi contrarrebbe altre nozze, ma sia completamente incerto se quel vincolo coniugale anteriore sussista tuttavia, o sia stato sciolto per la morte del primo coniuge? È evidente che l'applicabilità pratica di questa quistione si verificherà nel caso di *assenza del primo coniuge* predetto; giacchè è appunto carattere distintivo dell'assenza di lasciare una completa incertezza sulla vita o sulla morte della persona (1).

In questo stato di cose, lo scioglimento del dubbio non può presentare molta difficoltà, anche solo col sussidio dei principii generali di diritto. Possono immaginarsi due sole ipotesi, che però importa di tenere distinte; o che le nuove nozze non siano ancora contratte dal coniuge di colui del quale è incerta la esistenza, e si chiegga se l'uffiziale di stato civile possa e debba prestarsi alla celebrazione di esse; o che le nuove nozze siano state contratte, e se ne proponga la nullità in causa dell'impedimento dirimente che procedeva dall'anteriore matrimonio.

Quanto al primo supposto è chiaro che per poter ammettere la celebrazione del nuovo matrimonio sarebbe necessario che fosse provato lo scioglimento del primo (art. 79, § 3, 124, cod. civ.); giacchè, per principio generale, constando un fatto che osterebbe legalmente ad un determinato atto, spetta naturalmente a chi voglia compiere questo atto l'onere di provare che quell'impedimento sia stato rimosso. Ora, poichè è carattere distintivo dell'assenza l'incertezza sulla vita o sulla morte della persona, e d'altro lato il matrimonio non si scioglie che colla morte

(1) V. Vol. IV, n. 129, 134, pag. 408 e seg.

di uno dei coniugi (art. 148); poichè si suppone che il coniuge dell'assente sia nell'impossibilità di provare che questi sia morto e sia così stato sciolto il vincolo coniugale che lo legava a lui, è quindi chiaro che il matrimonio con un assente deve costituire, se non altro, un *impedimento impediente*.

Ma quando, non ostante tale impedimento, le nuove nozze siano state, o per frode, o per errore, contratte, e ne sia provocata la dichiarazione di nullità, è certo che questa dichiarazione non potrebb' essere pronunciata se non quando constasse che l'assente viveva ancora allorchè il coniuge di lui contrasse il nuovo matrimonio; giacchè solamente allora sarebbesi verificato quel *vincolo attuale di un anteriore matrimonio* che avrebbe formato impedimento dirimente alla nuova unione. Ma, una volta ancora, il carattere essenziale dell'assenza lascia una piena ed invincibile incertezza sulla vita o sulla morte dell'assente; sarà dunque impossibile in questo stato di cose la dichiarazione di nullità del nuovo matrimonio. Non è a dire perciò che di questo sia definitivamente accertata la validità, che sia assolutamente rimosso l'impedimento dirimente che risulterebbe dall'anteriore matrimonio. Tutto rimane in quella incertezza che è caratteristica dell'assenza, e solo quando questa cessi, sarà accertata la validità o la nullità del matrimonio posteriore; la nullità se l'assenza cessi pel ritorno dell'assente, o per la prova della esistenza attuale di lui, o per la prova ch'egli sia morto dopo che il suo coniuge erasi legato in nuove nozze (1); la validità, all'opposto, se l'assenza finisca per la prova della morte dell'assente *avvenuta prima che le nuove nozze del coniuge di lui fossero state celebrate*.

A queste teorie, delle quali fu già dato qualche cenno sotto il titolo dell'assenza (2), è pienamente conforme il

(1) Ci riserbiamo di esporre più innanzi, al Capitolo della *nullità* del matrimonio, le norme particolari da applicare in questa ipotesi.
(2) V. il Vol. IV, n. 246, p. 1292.

testo dell'art. 113, § 2, il quale dice: “ Il matrimonio con-“ tratto dal coniuge di un assente *non può essere impugnato* “ *finchè dura l'assenza* „.

Queste parole abbracciano evidentemente qualunque caso d'assenza, sia poi essa *presunta* soltanto o *dichiarata*, e in quest'ultimo caso, siasi poi nello stadio del *possesso temporaneo*, o del *possesso definitivo* dei beni dell'assente. E questo pure è perfettamente conforme ai principii; giacchè in qualunque di quei periodi dell'assenza domina sempre l'*incertezza* sulla vita o sulla morte dell'assente, incertezza che è cagione di non poter affermare assolutamente la validità del nuovo matrimonio contratto dal coniuge dell'assente stesso, ma di non poterlo nemmeno impugnare.

Ma dall'*assenza*, o presunta o dichiarata, bisogna sempre tener distinta la semplice *non-presenza*, la quale non reca con sè l'incertezza sull'esistenza della persona lontana (1). Epperò il matrimonio contratto dal coniuge di chi si fosse allontanato dal proprio domicilio o residenza, per quanto lungo fosse il tempo da cui datasse questa lontananza, quando però constasse che quella persona lontana vivesse ancora, sarebbe certamente nullo; e come tale potrebbe essere impugnato, non solo dal coniuge stesso o da chi legittimamente lo rappresentasse (art. 113, § 1, cod. civ.), ma anche da tutti coloro a cui spetta il diritto di proporre la nullità assoluta del matrimonio (art. 104, cod. civile).

Nè all'applicazione di questa massima potrebbe essere ostacolo la circostanza che quella che era semplice non-presenza all'atto della celebrazione del secondo matrimonio, si fosse poi cangiata in vera *assenza*, o *presunta* o *dichiarata*, prima che si promuovesse la dichiarazione di nullità di quel matrimonio. Sarebbe sempre vero però che *all'atto della celebrazione delle nuove nozze esisteva certamente il vincolo d'un matrimonio precedente*, e ciò basterebbe a dimostrare l'esistenza dell'impedimento dirimente, e quindi la

(1) V. Vol. IV, n. 130 e 138, p. 411 e 415.

nullità della nuova unione, proponibile da tutte le persone alle quali è attribuita dalla legge l'azione di nullità assoluta.

C — Dell'impedimento per vincolo di parentela.

SOMMARIO. — 52. Disposizioni del Codice intorno a questo impedimento — Principii direttivi in questa materia. — 53. (a) Se nell'art. 59, sotto i nomi di zio o zia e nipote, debbano intendersi compresi anche i prozii e pronipoti. — 54. (b) Se gli art. 58 e 59, parlando di *parentela naturale*, si riferiscano alla filiazione *naturale* semplice, od anche all'*adulterina* ed *incestuosa*. — 55. Se tra i *discendenti naturali* debbano comprendersi nella disposizione dell'art. 58 i soli *figli o discendenti legittimi* del figlio naturale, od anche gli stessi figli naturali di lui e loro discendenti. — 56. Con quali mezzi si possa provare la parentela naturale, per l'effetto dell'impedimento al matrimonio. — 57. Della dispensa dagl'impedimenti di parentela e di affinità.

52. Dell'impedimento dipendente dal vincolo di parentela o di affinità dispongono gli art. 58 e 59 del codice civile, nei seguenti termini: " In linea retta il matrimonio " è vietato fra tutti gli ascendenti e discendenti legittimi " o naturali e gli affini della medesima linea. In linea col- " laterale il matrimonio è vietato: 1° tra le sorelle e i fra- " telli legittimi o naturali; 2° tra gli affini nel medesimo " grado; 3° tra lo zio e la nipote, la zia ed il nipote ".

Quantunque, come disse Pothier, la giustizia di proibire il matrimonio tra parenti, specialmente in linea retta, si riveli meglio per un sentimento naturale che per forza di ragionare, si presentano nondimeno assai pronte e gravi le considerazioni che dimostrano il buon fondamento delle disposizioni legislative a questo riguardo; considerazioni di ordine naturale e d'ordine sociale politico ad un tempo.

L'ordine di natura impone ai figli ed ai discendenti il rispetto e la sommessione verso i genitori e gli ascendenti, e determina tra i parenti in linea collaterale relazioni di intimità, che rendono pure, fino a un certo punto, naturale fra essi la coabitazione. Questa intimità, e la naturalezza della convivenza, è somma tra le persone nate dagli stessi genitori, e va indebolendosi man mano che il rapporto di parentela si allontana per successivi gradi.

L'ordine stesso naturale pone poi fra i coniugi relazioni d'intrinsechezza e di *uguaglianza*, a cui ripugnerebbe manifestamente la *dipendenza* che costituisce il carattere proprio delle relazioni dei figli e discendenti verso gli ascendenti. Vi ha dunque tra le relazioni filiali e le coniugali una naturale ed assoluta ripugnanza, che in tutti i tempi, e presso tutti i popoli anche i più barbari, ha fatto considerare la parentela di qualunque grado in linea retta come un impedimento dirimente al matrimonio, e l'unione tra ascendenti e discendenti come un'abbominazione.

L'intimità e la convivenza tra i parenti collaterali esigono naturalmente la massima purità in queste relazioni. Se colla possibilità del matrimonio si eccitasse l'ardore delle passioni, è manifesto quanto deplorabili effetti esse potrebbero produrre fra persone viventi in tanta intrinsichezza sotto il medesimo tetto, quanti pericoli minaccierebbero al buon costume, all'ordine della famiglia, la quale diverrebbe il focolare della corruzione, delle rivalità, delle discordie, in luogo d'essere qual deve il santuario delle virtù domestiche. La ragione dimostra pertanto come tra le relazioni domestiche di parentela collaterale e le relazioni coniugali siavi pure una naturale opposizione. Se non che questa opposizione non si riscontra senza limite alcuno di grado nella parentela collaterale come nell'ascendentale; ma al contrario si ferma necessariamente a quel punto in cui la intimità dei rapporti e la naturalezza della coabitazione non sia più a tal grado che la permissione del matrimonio minacci pericoli al buon costume ed all'ordine delle famiglie. Determinare quale sia quel punto, e perciò fino a qual grado la parentela collaterale debba produrre impedimento al matrimonio, è necessario ufficio della legislazione positiva. Quindi è che anche la legislazione nostra troviamo occupata a stabilire tra quali parenti collaterali sia vietato il matrimonio (art. 59, cod. civ.). Quindi è ancora che veggiamo riservata al Capo supremo dello Stato la facoltà di dispensare eccezionalmente e per gravi

motivi dall'impedimento derivante da alcuni fra i rapporti di parentela che la legge considera di regola come dirimenti il matrimonio (art. 68, § 1, cod. civ.).

Sott'altro aspetto eziandio si dimostra l'opposizione all'ordine naturale del matrimonio fra stretti consanguinei ed affini. Ciò è la tendenza della natura, che destinò l'uomo a vivere in società, di stendere le relazioni intrecciando sempre nuovi affetti ed interessi. Ed in questo coincidono cogli argomenti d'ordine naturale, quegli ancora d'ordine sociale e politico; che lo Stato ha pure manifesto interesse a moltiplicare quanto più si possa i vincoli che congiungono gli uni agli altri i cittadini e le famiglie.

Non minore parimente è l'interesse dello Stato a non permettere ciò che può divenire causa di corruzione nei costumi, di disordine nelle famiglie, e di degradazione anche fisica nella popolazione, se è vero, quello che moltissimi fisiologi insegnano, che tale sia l'effetto dei matrimoni moltiplicati tra individui della stessa famiglia.

Le cose fin qui dette valgono a dimostrazione dei motivi giustificanti le disposizioni contenute nei surriferiti articoli 58 e 59 del nostro codice.

La parentela produce impedimento dirimente il matrimonio, tanto tra parenti in linea retta quanto in linea collaterale. Se non che in linea retta l'adempimento ha luogo, *senza limite di grado*, fra tutti gli ascendenti e i discendenti; mentre in linea collaterale ha luogo soltanto tra i fratelli e le sorelle, gli zii o zie e le nipoti od i nipoti.

Quanto ai fratelli e sorelle il divieto è assoluto, e comprende indistintamente così i fratelli *consanguinei* od *uterini* soltanto, come i *germani* (1).

I rapporti tra lo zio e la nipote, la zia ed il nipote sono tanto stretti ed intimi, tale è il carattere naturale di essi, che se il matrimonio fosse permesso tra queste persone ne deriverebbero tutti gl'inconvenienti d'ordine naturale, e

---

(1) V. sopra, n. 8, pag. 29.

sarebbesi dovuto temere tutti i danni nell'ordine sociale e politico che diedero motivo a questo impedimento dirimente della parentela.

Lo zio e la zia tengono spesso pei nipoti il luogo del padre e della madre che siano loro mancati. I nipoti hanno naturalmente verso i loro zii o zie quasi quel rispetto, ed insieme quella confidenza stessa che avrebbero verso chi diede loro la vita. A questi sentimenti ispirati da natura troverebbesi opposta l'indole del vincolo coniugale che si volesse tra loro contrarre; nè poi sarebbero scevre di gravi pericoli pel buon costume e per l'ordine delle famiglie le conseguenze derivabili da questa intimità, dall'autorità dello zio o della zia sulla nipote o sul nipote, dal confidente abbandono di questi a quelli, qualora la passione potesse essere fomentata dalla possibilità del matrimonio. È dunque perfettamente ragionevole, naturale, prudente la proibizione del matrimonio che la legge ha posta tra queste persone. Ma il nostro codice non si è inoltrato di più nella via degli impedimenti al matrimonio per causa di parentela. Così non lo ha punto vietato tra cugini e cugine.

Alla *parentela legittima* è parificata, per ciò che concerne questo impedimento, *la parentela naturale* (1); unicamente però quanto agli *ascendenti e discendenti* od ai *fratelli e sorelle*, non quanto agli zii e nipoti. Si sono riconosciute in quel vincolo della parentela naturale, sebbene la legge non gli attribuisca generalmente effetti uguali a quelli della parentela legittima, ragioni sufficienti di opposizione ai caratteri ed agli effetti della unione coniugale, e di pericoli pel buon costume e per l'ordine sociale, perchè il vincolo predetto dovesse, al pari di quello della parentela legittima, produrre impedimento al matrimonio.

Ma tra lo zio e la nipote, la zia ed il nipote, non si è considerata altra parentela che la legittima; come è manifesto pel confronto tra i numeri 1° e 3° dell'art. 59. In

---

(1) V. sopra n. 3, pag. 5.

questo grado di parentela non essendo precluso assolutamente l'adito al matrimonio, ma potendo esso aver luogo per dispensa che se ne ottenga per decreto reale (art. 68, § 1°, cod. civ.), si è ritenuto non opporsi la morale pubblica a poter contrarre tale matrimonio, anche senza bisogno di riportare dispensa, quando la parentela sia puramente naturale. — Così può dirsi risoluta testualmente dalla legge nostra la questione che in proposito fu dibattuta tra alcuni giuristi francesi (1). Senonchè altre e gravi questioni sorgono in questo tema degli impedimenti al matrimonio, come in ordine all'affinità legittima, così in ordine alla stessa parentela legittima od alla parentela naturale. Alla esposizione e soluzione di tali quistioni gioverà, per altro, premettere la enunciazione di due principii fondamentali, da cui è d'uopo prender le mosse. Il primo, già dimostrato in altro luogo, è che le disposizioni della legge in questa speciale materia, come in tutto ciò che riguarda gl'impedimenti al matrimonio, e la nullità di cui questo è colpito per la esistenza di quelli, non possono considerarsi altrimenti che come *tassative* (2). L'altra massima, adombrata pure altra volta, è che le disposizioni della legge in questa materia possono senza contraddizione, senza inconvenienti, derogare talvolta ai principii adottati come regole generali per ciò che riguarda sia la parentela naturale, sia l'affinità; avvegnachè possano esservi ragioni plausibilissime di moralità, d'ordine nelle famiglie, d'onestà pubblica, le quali consiglino a stabilire impedimenti al matrimonio dipendentemente da certi rapporti personali che pure, secondo le regole generali, non varrebbero a costituire una parentela naturale od un'affinità produttiva di tutti gli altri effetti civili ordinari (3).

Dalla combinazione di questi principii sembra pertanto

---

(1) Cf. Laurent, II, 356.
(2) V. sopra, n. 42.
(3) V. sopra, n. 6, pag. 10, e n. 13, pag. 47.

che risultino abbastanza manifeste le seguenti massime direttive: 1° che non possa ritenersi come esistente un impedimento al matrimonio per parentela legittima o naturale nè per affinità, se non risulti da un testo esplicito di legge; 2° che però, ove questo vi sia, non possa aversi ripugnanza all'applicazione di esso per la considerazione che coll'ammettere una tal massima vengasi a derogare alle regole comuni circa la parentela o l'affinità.

Ciò premesso, discendiamo ora ai diversi quesiti che si presentano in ordine: 1° alla parentela legittima, 2° alla parentela naturale, 3° all'affinità.

53. *a*) L'art. 59, n. 3, dichiarando *vietato il matrimonio tra lo zio e la nipote, la zia ed il nipote*, ha inteso di limitare questa proibizione tra i soli zii e nipoti in primo grado, o di estenderla anche ai *prozii e pronipoti?*

Questa quistione non è nuova. Sorse egualmente per l'interpretazione dell'art. 163 del codice Francese; e mentre un avviso del Consiglio di Stato del 23 aprile 1808, l'aveva risolta ritenendo non estensibile ai prozii e pronipoti questa proibizione, che il testo della legge rivolgeva soltanto agli zii ed ai nipoti, l'imperatore decise il contrario con atto avente la data del 7 maggio successivo.

In conformità di questa decisione la maggior parte degli autori francesi riteneva che la relazione tra prozii e pronipoti formasse impedimento al matrimonio, di cui producesse la *nullità assoluta* (1). Alcuni però, dubitando che alla decisione imperiale potesse attribuirsi autorità legislativa per mancanza che vi riscontravano delle forme necessarie, osservavano che in ogni caso l'impedimento tra prozii e pronipoti, a differenza di quello tra zii e nipoti, dovesse riguardarsi unicamente come *proibitivo*, e non come dirimente, non essendo nella detta decisione pronunciata la nullità del matrimonio che fosse contratto in onta alla

(1) Merlin, *Répert.* v° *Empêchements*, § 4; Toullier, t. I, n. 538; Proudhon, t. I, chap. XXII, sect. IV, § 2; Duranton, t. I, ed. Bruxelles, n. 755.

proibizione da essa recata, nè essendovi attribuito a veruna persona il diritto d'impugnare tale matrimonio (1). Ma rispondevano altri che, indipendentemente dal decreto 7 maggio 1808, il testo dell'art. 163 del codice Francese comprendeva già la proibizione del matrimonio anche tra *prozii e pronipoti*, poichè a questi pure si estendono di per sè le espressioni *zio e nipote*, le quali sono *generiche* e di cui le altre non sarebbero che derivazioni; che poi i motivi sono anche identici pei due casi, giacchè della stessa natura e carattere sono le relazioni che passano tra prozii e pronipoti come tra zii e nipoti (2). — Altri infine, attenendosi rigorosamente al testo dell'art. 163, negava qualsiasi valore d'impedimento alla parentela fra prozio e pronipote (3).

Di fronte al codice Italiano, l'opinione affermativa o estensiva sembra la sola da adottarsi, per la interpretazione dell'art. 59, n. 3, perchè in tutti i lavori preparatori alla compilazione del nostro codice o si voleva espresso che il medesimo impedimento stesse tra prozii e pronipoti come tra zii e nipoti, o si ritenne bastante il parlare di questi, solo perchè sotto la locuzione — *zii e nipoti* — dovessero naturalmente ritenersi compresi anche i *prozii e pronipoti*, intendendo per *zii* tutti i *fratelli degli ascendenti*. Ciò fu detto esplicitamente anche dalla Commissione coordinatrice; la quale per quest'unico motivo respinse la proposta fatta da uno dei commissari, di cambiare la locuzione dell'art. 68 del progetto, corrispondente all'attuale art. 59, sostituendovi al n. 3 la seguente espressione " tra lo zio e prozio e la nipote o pronipote, la zia o prozia e il nipote o pronipote (4).

---

(1) DALLOZ, *Jur. gén.* v° *Mariage*, sect. II, art. 5, n. 27; AUBRY et RAU, § 464, n. 5.

(2) MARCADÈ, art. 163, t. I, n. 553; DEMOLOMBE, t. III, n. 105.

(3) LAURENT, II, 357.

(4) V. Proc. verb., n. 6, § II, pag. 64; ASTENGO ed altri, op. cit., art. 59, § IV, pag. 467; BORSARI, *Comm. cod. civ.*, I, art. 59, § 204; PACIFICI-MAZZONI, *Istit.* (2ª Edizione), II, 118.

54. *b*) Gli articoli predetti, 58 e 59 del codice civile, proibendo il matrimonio *fra tutti gli ascendenti e discendenti legittimi o naturali*, come pure *tra i fratelli e le sorelle legittimi o naturali*, intendono essi di parificare così alla parentela legittima la sola *parentela naturale semplice*, od anche *l'adulterina e l'incestuosa?*

Avvertasi di non confondere (come sembra fare qualche nostro scrittore) (1) la questione ora proposta, riflettente il valore giuridico della parentela adulterina o incestuosa, come impedimento al matrimonio, coll'altra questione che esamineremo poi (appresso, n. 56) e che riguarda la possibilità della *prova* legale della parentela medesima.

Ciò posto, le massime direttive dimostrate in fine del precedente n. 52 trovano qui la più chiara loro applicazione. Il testo della legge è abbastanza esplicito nella sua generalità. Esso parla dei *discendenti naturali*, dei *fratelli o sorelle naturali*, senza distinguere se si tratti di parentela *naturale semplice* o di parentela *adulterina* od *incestuosa*. Ora sappiamo che queste ultime due non sono che specie particolari di quella parentela che, sotto la denominazione generica di *naturale*, comprende qualunque caso in cui si tratti di procreazione avvenuta *fuori di matrimonio;* o sia poi che tra i genitori avesse potuto esistere quel vincolo coniugale ch'essi però non avevano realmente contratto, o che non avesse potuto sussistere per impedimento dipendente da nozze anteriori, o da rapporti di parentela o di affinità. E questo concetto è confermato anche da un testo espresso del Codice; il quale, dopo aver detto nell'art. 179 " che *il figlio naturale* può essere riconosciuto dal padre e " dalla madre tanto congiuntamente quanto separata" mente ", soggiunge poi nell'art. 180 che " *non possono* " *essere riconosciuti i figli adulterini e incestuosi* ". Donde risulta che anche questi si considerano come compresi sotto la denominazione generale di *figli naturali*. — Poichè

(1) Cf. De Filippis, *Corso di dir. civ.*, IX, 58.

dunque gli art. 58 e 59 parlano in genere di *parentela naturale*, essi abbracciano ad un tempo la naturale semplice, l'adulterina e l'incestuosa; nè potrebbesi senz'arbitrio introdurre in quelle disposizioni una distinzione che esse non fanno.

Vero è che di regola la filiazione adulterina od incestuosa non produce nessun effetto civile tra i figli e la famiglia legittima dei genitori, ed anche rispetto a questi ultimi gli effetti civili di tale filiazione restringonsi all'obbligo degli alimenti verso i figli illegittimi (1). Ma soccorre qui l'altro principio, che quando la parentela illegittima sia testualmente considerata dalla legge come impedimento al matrimonio, non possa fare ostacolo la circostanza che vengasi con ciò a derogare alle regole comuni circa tale parentela; imperocchè possono esservi ragioni sufficienti di moralità, d'ordine nelle famiglie, di onestà pubblica, le quali giustifichino il considerarsi come produttivi d'impedimento al matrimonio anche certi rapporti non suscettibili di regola degli effetti civili comuni. Ed è poi facile riconoscere come ragioni di somigliante natura, e gravissime, si verifichino realmente nel caso nostro. La legge infatti considera bensì sfavorevolmente la filiazione adulterina e incestuosa, tanto da vietarne assolutamente il riconoscimento formale (art. 180, codice civile), ma può pure verificarsi che in fatto un riconoscimento vi sia, per esplicita dichiarazione emessa dai genitori in atto pubblico o privato, ovvero che la filiazione adulterina o incestuosa emerga dall'esser essa avvenuta in costanza d'un matrimonio annullato poscia appunto per causa di bigamia o d'incesto, o risulti indirettamente da sentenza civile, in causa per esempio di negazione di paternità (art. 162, cod. civ.), o da sentenza penale (art. 193, cod. civile).

Ora, accertata in fatto la filiazione adulterina o incestuosa, sarebb'egli mai possibile, senza la immoralità più

(1) V. sopra, n. 5, p. 11 e 13, e n. 6, pag. 16.

rivoltante, senza la più profonda offesa all'ordine della famiglia, che si ammettessero ad unirsi in matrimonio il padre colla figlia, la madre col figlio, il fratello colla sorella, nati dall'adulterio o dall'incesto? A questo modo non si anderebbe direttamente, e funestamente per l'ordine sociale, contro lo scopo stesso di onestà pubblica che la legge si è prefisso nel vietare il riconoscimento formale della filiazione adulterina o incestuosa? — Di fronte a ciò, poco importa adunque che la filiazione adulterina o incestuosa sia (come vedemmo — loc. cit.) inetta a produrre un vero stato civile di parentela; poichè l'impedimento al matrimonio fra congiunti *non è tanto un effetto dello stato civile di parentela, quanto piuttosto del rapporto naturale e di fatto della consanguineità*, dal quale rapporto precisamente dipendono le ragioni morali e fisiologiche insieme a cui è inspirato il divieto della legge.

Da tutto questo si può pertanto conchiudere con sicurezza che, sia nell'art. 58 sia nel 59, parlando di ascendenti e discendenti, di fratelli e sorelle *naturali*, la legge comprende tanto la parentela *naturale semplice* che l'*adulterina* e l'*incestuosa* (1).

55. Trattando in genere della parentela, fu dimostrato che tra il genitore ed i *figli e discendenti legittimi* del figlio naturale vi è una vera *parentela naturale*, da cui derivano speciali effetti civili, quantunque differenti da quelli che si avrebbero da una parentela legittima. Ma fu dimostrato eziandio che gli effetti giuridici della parentela naturale non possono, di regola, essere applicati ai figli illegittimi che lo stesso figlio naturale avesse, nè ai loro discendenti (2).

Ora, potrebbesi domandare, quando l'art. 58 dichiara vietato il matrimonio fra tutti gli ascendenti e *discendenti*

---

(1) Cf. Borsari, *Comm. cod. civ.*, art. 58, § 205; Pacifici-Mazzoni, *Istituz.* (2ª Edizione), II, 118; Fiore ed altri (Op. cit.), II, 311. V. anche appresso, n. 56.

(2) V. sopra, n. 6, pag. 21.

naturali, dovremo intendere che si riferisca soltanto ai *figli legittimi del figlio naturale*, e loro discendenti pure legittimi, o che comprenda anche i figli od i discendenti naturali del figlio naturale stesso?

E qui pure sono sempre le medesime massime direttive accennate in fine del n. 53, che devono servirci di guida nel rispondere al quesito.

Che il testo della legge si presti a ritenere applicabile l'impedimento stabilito dall'art. 58 del codice civile, non solo ai figli e discendenti legittimi, ma anche ai figli naturali che il figlio naturale stesso abbia avuti ed ai loro discendenti sì legittimi che naturali, non pare potersi rivocare in dubbio.

La disposizione è formulata con tutta la generalità possibile di espressione. Vi si parla di *discendenti naturali;* non già come in altri articoli (186, 748, 817) di *discendenti legittimi d'un figlio naturale.* D'altro lato i motivi della proibizione della legge sono manifestamente giusti anche quando il genitore di prole naturale volesse contrarre matrimonio con persone derivate, non da discendenza legittima, ma naturale soltanto del proprio figlio naturale. Anche allora tale unione ripugnerebbe troppo a tutti i principii di moralità, di onestà pubblica, d'ordine e d'interesse della famiglia.

E ciò posto, poco importa che si tratti di una relazione naturale a cui dalla legislazione positiva non sono attribuiti gli effetti civili ordinari della parentela. Ciò non vuol dir altro se non che è fatta qui contro le regole ordinarie una eccezione, la quale d'altronde è pienamente giustificata.

Se si avesse da applicar sempre in questa materia puramente e semplicemente i principii generali, dovrebbesi ritenere anche non proibito il matrimonio tra i genitori legittimi, ed i figli naturali dei loro figli; poichè sappiamo che *tra i figli naturali ed i parenti anche legittimi del loro genitore naturale non vi ha vincolo che sia riconosciuto gene-*

ralmente dalla legge come produttivo degli effetti civili (1). Pure chi potrebbe sostenere questa massima, a fronte della disposizione dell'articolo 58, che vieta il matrimonio tra *tutti gli ascendenti e discendenti legittimi o naturali?* — Si aggiunga infine che un argomento evidente di analogia è fornito dal successivo art. 59, il quale vieta altresì il matrimonio tra fratelli e sorelle *legittimi* o *naturali;* sebbene tra i figli legittimi e i figli naturali di una stessa persona non si estendano di regola (secondo le nozioni già esposte) gli effetti civili della parentela naturale.

Conchiudiamo dunque, rispondendo al proposto quesito, che secondo la lettera e lo spirito dell'art. 58, è vietato il matrimonio, non solo tra il genitore naturale ed i figli o discendenti *legittimi* del figlio naturale, ma eziandio tra quello ed i figli *illegittimi* di questo ed i discendenti loro *sì legittimi* che *naturali;* come pure tra il figlio naturale ed i genitori o gli ascendenti, legittimi od illegittimi, del genitore naturale.

56. L'impedimento che la legge ha fatto derivare dalla *parentela naturale* sì in linea retta, secondo l'art. 58, che in linea collaterale, secondo l'art. 59, ha dato luogo ad una quistione importante e grave, circa i mezzi di prova ammissibili per constatare tale parentela, allo scopo di dimostrare l'esistenza dell'impedimento che ne dipende.

La parentela naturale (semplice) non produce generalmente gli *effetti favorevoli*, che la legge le attribuisce, se non quando la filiazione naturale risulti da *riconoscimento* volontariamente fattone dai genitori (art. 179, cod. civile) ovvero, in mancanza di riconoscimento, da *dichiarazione giudiziale* che sia intervenuta nei casi e nei modi dalla legge stabiliti (art. 189, 190, 192, cod. civ.). E la legge, ispirata da gravi considerazioni d'ordine pubblico, per evitare che si turbi la tranquillità delle famiglie, che si ricer-

---

(1) V. sopra, n. 6, pag. 19-21.

chino e si rivelino in pubblico i segreti più intimi della vita privata, che si attenti all'onore dei cittadini, che si provochino scandali deplorabili, ha adottato mezzi di cautela precisi e severi nel determinare le condizioni rigorosamente necessarie acciocchè la filiazione naturale possa essere legalmente accertata con quei mezzi del riconoscimento o della dichiarazione giudiziale. Così ha voluto che il *riconoscimento* si faccia *nell'atto di nascita* del figlio naturale o con *atto autentico* anteriore o posteriore alla nascita (articolo 181, cod. civ.); che le indagini sulla paternità non siano ammesse, fuorchè nei casi di ratto o stupro violento coincidente col tempo del concepimento (art. 189 cod. civ.); che nella ricerca della maternità, permessa sempre, non si ammetta però la prova per testimoni se non quando la domanda di essa si appoggi ad un *principio di prova per iscritto* od a *presunzioni* od indizi abbastanza gravi per determinarne l'ammissione (art. 190, § 2, cod. civ.). La parentela adulterina o incestuosa, poi, per produrre gli effetti di cui è suscettibile (non come *stato* civile personale, ma come mero rapporto di fatto) deve risultare da mezzi speciali, prescritti dall'art. 193 (1).

Ora, si domanda, queste stesse condizioni di rigore, che la legge esige per la prova della parentela naturale allorchè si tratta dei *benefizi* che questa parentela produce, saranno esse necessarie ugualmente quando si tratti invece dell'*effetto sfavorevole*, che dai rapporti della parentela stessa deriverebbe, consistente nell'impedimento al matrimonio fra le persone indicate negli articoli 58 e 59?

In altri termini la parentela naturale in linea retta o collaterale non produrrà l'impedimento stabilito nei predetti articoli, se non quando risulti da riconoscimento legale, o da dichiarazione giudiziale, nei casi e modi determinati dagli articoli 179 e seguenti, o quando dipendendo la pa-

---

(1) V. sopra, n. 5 e 6.

rentela da filiazione adulterina o incestuosa, questa risulti accertata nei modi previsti dall'art. 193 cod. civile?

Gravissima questione è per certo codesta, intorno alla quale furono manifestate opinioni discordi nella dottrina francese; e il codice Italiano non avendo recata alcuna nuova disposizione che potesse valere a risolvere il dubbio, ha lasciato luogo a dispareri anche fra gli interpreti del codice stesso.

Alcuni, tenendosi al più stretto rigore di legalità, hanno opinato che anche per accertare l'esistenza della parentela naturale, quale causa d'impedimento al matrimonio, i soli mezzi di prova ammissibili debbano essere quelli che la legge ha stabiliti per lo stato stesso di filiazione naturale, cioè il riconoscimento volontario o la dichiarazione giudiziale, che siano avvenuti nei casi e nei modi dalla legge determinati colle sue generali disposizioni. Non disconoscono questi autori che una tale dottrina, così assolutamente professata, condurrà talvolta a legittimare “ l'im-“ moralità più ributtante, potendo il fratello sposare la “ sorella naturale, per non essere legalmente provata la “ filiazione naturale, abbenchè risulti dal possesso di stato; “ o potendo perfino il padre sposare la propria figlia adul-“ terina, perchè l'adulterino o l'incestuoso non può mai “ avere filiazione, essendone vietato il riconoscimento „. Ma — soggiungono — il rimprovero di questi inconvenienti, per quanto enormi, si dovrebbe rivolgere al legislatore, al quale solo spettava di tenerne conto, e che solo poteva fare disposizioni speciali per evitarli. Invece egli ha stabilite norme generali riguardanti la prova della filiazione naturale, le quali norme debbono quindi essere applicate a tutte le materie di diritto, nè vi è ragione per non osservarle relativamente al matrimonio. “ Quando il legis-“ latore statuisce una regola generale, questa deve ricevere “ la sua applicazione a tutti i casi, salvo che egli stesso “ ammetta qualche eccezione. Basta quindi l'essere stabilito “ nel titolo della filiazione che non vi è parentela naturale

" senza riconoscimento legale, perchè questo principio " debba essere applicato per ciò solo che la legge non vi " deroga „. D'altra parte, com'è generale il testo, così ne sono generali anche i motivi. " Il codice ha stabilito il " principio che i figli naturali non riconosciuti non hanno " legalmente una filiazione, allo scopo di evitare processi " scandalosi, che porterebbero turbamenti nelle famiglie, " senza poter produrre mai una certezza completa: e questi " motivi sono tali da non lasciar luogo per la stessa natura " loro ad alcuna eccezione „.

Vero è che negli articoli riguardanti gl'impedimenti al matrimonio per parentela naturale non si è usata l'espressione adottata in altre disposizioni, nelle quali è parlato di figli naturali *legalmente riconosciuti;* ma l'aggiunta di questa espressione essendo superflua, non si può trarre veruno argomento dall'essere stata posta in alcune disposizioni, ed omessa in altre.

Ammettendo che per l'effetto dell'impedimento al matrimonio la parentela naturale potesse risultare provata in altro modo che quelli stabiliti dalle disposizioni generali della legge, verrebbesi poi ad offendere il principio della indivisibilità dello stato personale " giacchè potrebbe avve- " nire che un tale fosse, per esempio, considerato come " figlio naturale di un altro all'effetto d'impedirgli il ma- " trimonio colla figlia legittima di questo, mentre in tutti gli " altri rapporti sociali sarebbe ravvisato, a mo' d'esempio, " come figlio legittimo di altra persona, o figlio di genitore " ignoto „.

Tali sono, in breve, le ragioni incontestabilmente gravissime, a cui si appoggia questa prima opinione tendente alla più rigorosa osservanza del testo della legge (1).

---

(1) V. in questo senso, Duranton, I, 753; Zachariae, II, §§ 568 ter, nª 10, 569, nª 5; Valette sur Proudhon, I, pag. 180; Aubry e Rau, VI, §§ 568 ter, nª 12, 569 nª 7; Laurent II, 450; Astengo ed altri, op. cit. I, art. 59, § II, pag. 462, 463; Saredo, op. cit., pag. 370 e ss.; Buniva, op. cit., pag. 151; Ricci, 1, 67; De Filippis, *Corso di dir. civ.*, IX, 57.

Ad altri autori però non parve ammissibile che al legislatore si potesse attribuire l'intenzione di consacrare una unione coniugale incestuosa, solo perchè la parentela naturale non risultasse formalmente accertata da determinate prove legali. Una parte di essi si limitarono a dire che dovesse farsi luogo pel matrimonio all'impedimento risultante secondo la legge dalla parentela naturale, qualora questa constasse per un riconoscimento fatto dal genitore mediante *scrittura privata* o per un *possesso di stato* certo e notorio.

Il *Merlin*, dopo avere osservato che durante i lavori preparatorii pel codice civile Francese era stato proposto di limitare gl'impedimenti al matrimonio per parentela naturale *ai soli figli legalmente riconosciuti*, soggiungeva che " questa distinzione non si trova nè nell'art. 161, nè nel 162. " Perchè dunque vi fu omessa? Non è possibile supporre " che sia stato per inavvertenza. Essa era di troppo alta " importanza per non fare impressione in tutti quelli che " presero parte alla compilazione definitiva di questi arti- " coli: non può quindi essere stata ommessa che per l'in- " tenzione formale di non adottarla, per non essersi voluto " che una parentela od affinità naturale cessasse di for- " mare impedimento al matrimonio pel solo motivo di " essere provata in modo diverso che da un atto autentico. " E difatti, non sarebbe forse ripugnante che, dopo avere " *riconosciuto mediante scrittura privata* un figlio naturale, " il padre gli desse in matrimonio la propria figlia? „ E più oltre, soggiungeva ancora: " Qual'è l'uomo che oserebbe " sposare una giovane persona da lui nutrita, allevata, " trattata come sua figlia, sotto il pretesto di non averla " riconosciuta per tale mediante un atto autentico? „ (1).

Il *Proudhon* considerava come un punto indisputabile questo, che per l'impedimento al matrimonio, in causa di parentela naturale, non fosse necessario un riconoscimento

---

(1) Merlin, *Répert.* v° *Empêchements*, § IV, art. 4.

formale di essa, a norma di legge: tanto che se ne serviva come d'uno degli argomenti valevoli a dimostrare che il riconoscimento fatto per scrittura privata bastasse a dare fondamento all'azione del figlio naturale per ottenere gli alimenti dal padre.

" La semplice parentela naturale — egli diceva — forma " ostacolo al matrimonio tra gli ascendenti e i discendenti " in tutti i gradi, e tra i fratelli e le sorelle. Si richiederà " forse un riconoscimento autentico, per poter essere am- " messo a proporre codesto impedimento?

" Supponiamo che un padre, il quale abbia riconosciuta " per atto privato una figlia naturale, voglia darla in ma- " trimonio ad un altro de' suoi figli: potrà egli essere auto- " rizzato a ciò dalla giustizia? Si potrà sostenere che la " produzione d'un tale atto non sia sufficiente per mettere " ostacolo ad una unione così mostruosa?

" Bisogna dunque convenire che il riconoscimento della " paternità, fatto con atto per iscrittura privata, non è " senza effetti, neppure agli occhi della legge civile: e posto " ciò, come mai sarebb'esso insufficiente per costringere il " padre a somministrare gli alimenti al proprio figlio, dap- " poichè la natura glie ne impone il dovere? „.

L'annotatore del Proudhon (*Valette*) manifestavasi contrario a questa opinione dell'autore, reputando che " la " scrittura privata di riconoscimento *non potrebbe produrre* " *effetti legali di alcuna specie, nè servire di base ad un im-* " *pedimento al matrimonio* „.

" Il Proudhon — così osservava l'annotatore — non " avrebbe certamente voluto affermare che per lo scopo " lodevolissimo e moralissimo d'impedire un progetto di " matrimonio che si presumesse incestuoso, potesse essere " lecito d'istituire indagini sulla paternità, indipendente- " mente dall'esistenza d'una scrittura privata di ricono- " scimento. Pure si verifica qualche volta che una data pa- " ternità non è un segreto pel pubblico, e si può ritenerla, " all'infuori del sistema legale, come non meno certa di

“ quella riconosciuta mediante scrittura privata. Del resto,
“ ben difficilmente si avranno a deplorare simili scandali,
“ qualora si ammetta che il possesso di stato basti per
“ costituire la filiazione naturale; perchè una persona,
“ avendo in proprio favore il possesso di stato di figlio na-
“ turale, sarà considerata, fino a prova contraria, come
“ avente diritto a tale stato, e sarà trattata sotto tutti i
“ rapporti come se fosse stata riconosciuta per atto auten-
“ tico „ (1).

Una terza opinione più ampia fu professata, secondo la quale tutti i mezzi ordinari di prova — non quelli soli della scrittura privata di riconoscimento, o del possesso di stato — sarebbero proponibili per dimostrare l'esistenza d'una parentela naturale come costituente impedimento al matrimonio (2).

La legge — così, in sostanza, ragionano questi autori — ha vietato in modo generale ed assoluto il matrimonio, che si volesse contrarre “ fra tutti gli ascendenti e discen-
“ denti legittimi *o naturali*, tra le sorelle ed i fratelli legittimi
“ *o naturali* „, e nulla di speciale ha poi stabilito per ciò che riguarda i mezzi di prova con cui l'esistenza di tale parentela possa essere accertata, acciocchè costituisca impedimento al matrimonio. La conseguenza che devesi trarre da ciò, è dunque che nessuna eccezione vi sia in questa materia per una limitazione qualsiasi in ordine ai mezzi di prova proponibili, e ch'essi debbano essere tutti indistintamente quelli che sono ordinariamente permessi. Non si può accogliere l'idea della necessità che la filiazione naturale sia stata riconosciuta o dichiarata nei modi di legge; perchè dove il legislatore ha voluto ciò, lo ha espresso dichiarando, come ha fatto in varie disposizioni, che per

---

(1) Proudhon e Valette, *Traité sur l'état des personnes*, t. II, pag. 178 e 180.

(2) Delvincourt, t. I, pag. 67, nª 1, pag. 93, nª 6; Vazeille, *Tr. du mariage*, t. I, n. 107; Marcadé, t. I, art. 164, § II, n. 548; Demolombe, t. III, n. 107; Pacifici-Mazzoni, *Ist.* (2ª Edizione), vol. II, n. 118.

certi effetti la filiazione naturale debba essere *legalmente riconosciuta* (articoli 158, 331, 383, 756, codice Francese; 184, 185, 186, 192, 197, 743, 815, codice Italiano); e perchè — come vedemmo essere stato osservato dal *Merlin* — i compilatori del testo definitivo del codice Francese non tennero alcun conto della proposta formalmente fatta da qualche Corte d'appello, di limitare negli art. 161 e 162 il divieto del matrimonio fra ascendenti e discendenti, fratelli e sorelle *naturali*, dichiarando che la filiazione dovesse essere *legalmente riconosciuta*. Nè poi deve far meraviglia che produca impedimento pel matrimonio una parentela che la legge non riconosce per altri effetti civili; poichè se nell'interesse della moralità pubblica il legislatore ha dovuto negare ad una parentela che è il risultato d'una colpa, o talvolta di un reato, gli effetti favorevoli ch'essa avrebbe potuto produrre, non poteva essere altrettanto quando trattavasi invece d'una incapacità che se ne faceva derivare. La legge Romana stabiliva bastare il semplice dubbio della paternità naturale per rendere illecite le nozze tra padre e figlia. “ Dicendum est, ut pater filiam non possit “ ducere (si ex servitute manumissi sint) *et si dubitetur* “ *patrem eum esse*. Unde nec vulgo quaesitam filiam pater “ naturalis potest uxorem ducere: quoniam in contrahendis “ matrimoniis naturale jus et pudor inspiciendus est; contra “ pudorem est autem filiam uxorem suam ducere „ (L. 14, § 2, D., *De ritu nupt.*). A maggior ragione deve dunque essere ammissibile, per massima generale, qualunque mezzo di prova che valga ad accertare l'esistenza della parentela naturale, per impedire nozze nefande; salvo che però, nel silenzio della legge circa i mezzi di prova proponibili, è da ritenersi affidato al potere discrezionale dei magistrati di riconoscere a loro prudente criterio, e secondo le circostanze particolari dei casi, quali prove siano da ammettersi, e quali da respingersi in considerazione di gravi inconvenienti che dall'esperimento di esse possano derivare.

Non si può negare a quest'ultima opinione il grande

valore degli argomenti a cui si appoggia, sotto l'aspetto della moralità e dell'ordine pubblico; e perciò appunto la preferimmo nella 1ª edizione di questo Corso, quantunque non abbiamo dissimulato fin d'allora che stando strettissimamente ai principii di diritto, sarebbesi forse potuto reputare prevalente la prima. Ora però un più accurato esame della difficile ed importante questione ci ha persuaso di dovere in qualche punto recedere dalla predetta opinione; non adottando assolutamente l'altra che con estremo rigore richiederebbe sempre un riconoscimento legale di filiazione, affinchè la parentela naturale producesse gl'impedimenti al matrimonio stabiliti negli articoli 58 e 59 del nostro codice, ma non ritenendo d'altra parte così indistintamente l'ammissibilità di qualunque dei mezzi ordinari per la prova della parentela naturale agli effetti degl'impedimenti predetti.

Un temperamento fra i due sistemi preaccennati già fu proposto da un valente commentatore del codice Italiano. " Nella notorietà — egli disse — di un rapporto famigliare " strettissimo di padre e figlia, di fratello e di sorella, il " pubblico ministero ha il dovere di opporsi, bastando il " dubbio gravissimo, sostenuto dalla pubblica fama, accioc- " chè si rimuova il nefando connubio. Ma non credo che " si possa procedere più oltre nella indagine della pater- " nità „ (1). Il pubblico ministero, però, non può opporsi ad un matrimonio, se non per qualche *causa ammessa dalla legge che osti alla celebrazione di esso* (art. 87, comb. all'82 del codice civile). Ora, se al pubblico ministero è vietato — come il lodato autore ammette — di procedere alle indagini sulla paternità naturale, e perciò di somministrarne le prove che non risultino da un riconoscimento legale, come sarebbe ammissibile l'opposizione ch'egli facesse fondandola sopra una causa d'impedimento la cui esistenza gli sarebbe impossibile di provare? Dice l'autore

---

(1) Borsari, *Comm.*, art. 58-60, § 205.

che *basta il dubbio gravissimo, sostenuto dalla pubblica fama, per doversi rimuovere il nefando connubio.* Ma gl'impedimenti al matrimonio, pei quali soltanto si fa luogo ad opposizione, non possono essere stabiliti che dalla legge. E dov'è il testo che vieti il matrimonio per una simile causa? Lo vietano gli articoli 58 e 59 per una parentela naturale, che si suppone *accertata;* ma nessuna disposizione vi è nel nostro codice che riproduca il concetto espresso nella legge Romana con quelle parole che sopra riferimmo " ut pater filiam " non possit ducere, *et si dubitetur patrem eum esse* „. Il *Duranton*, in un brano riferito per esteso dal Borsari nel luogo sopra citato, e da cui forse gli fu suggerita l'idea conciliativa che gli parve di poter proporre, diceva esplicitamente che il ministero pubblico *non potrebbe mai istituire indagini di paternità per opporsi alla celebrazione d'un matrimonio allegando che gli sposi fossero fratello e sorella od affini naturali;* e che solo potrebbe fare a simil fine *la ricerca della maternità, qualora fosse munito di quelle prove* colle quali l'azione per dichiarazione di maternità potrebbe essere intentata dal figlio stesso. La proposta conciliativa del Borsari non sembra dunque accettabile.

Ritornando ora alla grave disputa tra i due opposti sistemi — l'uno dei quali esigerebbe assolutamente il riconoscimento legale volontario o forzato della filiazione, come unico mezzo di prova ammissibile della parentela naturale per gli effetti dell'impedimento al matrimonio, e l'altro al contrario lascierebbe luogo per l'accertamento della parentela stessa a qualunque dei mezzi ordinari di prova generalmente ammessi dalla legge — osserveremo, innanzitutto, come sia un punto essenzialissimo, e diremmo anzi fondamentale in questa controversia, quello di stabilire quale debbasi reputare, secondo i principii di diritto, la conseguenza dell'essersi il legislatore limitato a dichiarare proibito il matrimonio fra ascendenti e discendenti, fratelli e sorelle legittimi *o naturali*, senza nulla disporre specialmente circa i mezzi di prova con cui la parentela naturale

possa essere per tale effetto accertata. Si afferma da una parte che da questo silenzio del legislatore debbasi necessariamente dedurre ch'egli abbia inteso di riferirsi a quei mezzi speciali di prova che ha stabiliti per l'accertamento della filiazione naturale. Si sostiene dall'altra parte che non trattandosi qui di costituire, sulla base delle prove da somministrarsi, uno stato civile di filiazione naturale, ma solamente di stabilire l'esistenza d'un semplice rapporto di fatto, che per rispetto alla morale ed all'ordine pubblico rende necessaria la proibizione d'un dato matrimonio, il non avere il legislatore tassativamente prescritti determinati mezzi di prova, e neppure essersi riferito esplicitamente a quelli che ha stabiliti per la prova della filiazione naturale, debba lasciare libera l'ammissibilità di tutti i mezzi ordinari, riserbato però alla prudenza dei magistrati di poter negare l'ammissione di quelle prove il cui esperimento potesse esser causa di gravi inconvenienti, di turbamento all'ordine ed alla tranquillità della famiglia, e riuscire quindi in contrasto cogli intendimenti generali e collo spirito della legislazione positiva. Posto il quesito in termini così generali, ci sembrerebbe invero non potersi esitare ad adottare la prima di queste teorie, anzichè la seconda.

Quello di filiazione è un rapporto d'indole e carattere affatto speciali, sia per la stessa natura sua, sia per gli effetti giuridici che ne derivano, e per le attinenze intime che ha coll'ordine delle famiglie e quindi coll'interesse generale. Perciò la legge ha dovuto stabilire con apposite disposizioni tutto un sistema particolare per l'ordinamento delle prove relativamente a tale rapporto. Ne consegue pertanto naturalmente che ogni qualvolta si tratti di dimostrare per un qualunque effetto legale l'esistenza in fatto del predetto rapporto di filiazione naturale, si debba ricorrere a queste norme speciali dalla legge stabilite, anzichè a quelle che regolano in generale le prove delle obbligazioni, e degli atti o fatti da cui queste derivano; come, del

resto, anche per la filiazione legittima, quando si debba, per qualsiasi effetto legale, dimostrarne l'esistenza, sono da osservarsi le norme speciali che la legge ha stabilite per le prove di questa filiazione, non le regole generali concernenti i mezzi ordinari di prova. Tanto più poi devesi osservare questo principio, perchè l'ammissione di tutti indistintamente i mezzi di prova ordinari renderebbe liberamente aperta la via a quelle indagini, che la legge ha vietate assolutamente quanto alla filiazione adulterina o incestuosa, che ha vietate pure generalmente quanto alla paternità naturale semplice — fatta eccezione soltanto pei casi di ratto o stupro violento avvenuti in tempo coincidente con quello del concepimento — e che per la maternità stessa ha subordinate a condizioni speciali affinchè divenga ammissibile la prova per testimoni (art. 189, 190, 193, § 1, cod. civ.). Queste disposizioni proibitive sono determinate da motivi di carattere morale e d'interesse pubblico, per proteggere l'ordine, la tranquillità e la sicurezza delle famiglie; sono espresse dalla legge in termini generali ed assoluti, senza alcuna limitazione; e quantunque l'art. 193, § 1, parli solamente *del figlio*, non è però meno certo che la proibizione ivi contenuta deve ritenersi estensibile per maggior ragione anche a qualunque altra persona, e per qualsiasi scopo si volessero promuovere indagini sulla paternità o sulla maternità adulterina o incestuosa (1). Se una eccezione a queste regole fondamentali poteva essere opportuna per l'applicazione degli articoli 58 e 59 del codice civile, allo scopo d'impedire unioni coniugali che sarebbero incestuose, dimostrando coi mezzi ordinari di prova l'esistenza della parentela naturale tra gli sposi; al solo legislatore spettava il riconoscerlo, e derogare ai divieti generali da lui stabiliti circa le indagini sulla filiazione illegittima. Ma non è lecita all'interprete una simile derogazione, non fondata sopra alcun testo,

---

(1) V. la 1ª ediz. di questo *Corso*, vol. III, n. 130, p. 834.

desumendola unicamente da motivi di moralità pubblica, il cui apprezzamento appartiene esclusivamente al potere legislativo, ed a cui d'altra parte si contrappongono altre considerazioni della stessa natura, per lo scandalo pubblico e il turbamento dell'ordine delle famiglie che deriverebbero dall'istituire indagini intorno ad una filiazione illegittima.

Per queste ragioni i divieti di tali indagini, come sono stabiliti nei citati articoli 189, 190 e 193 del codice civile, ci sembrano da mantenersi rigorosamente anche per l'applicazione degli art. 58 e 59; e recediamo in ciò dall'opinione contraria che avevamo manifestata nella 1ª edizione.

Fermata questa massima, crediamo poi che l'applicazione di essa debba ostare assolutamente ad accogliere l'opinione, già sopra riferita, di alcuni autori francesi, i quali insegnarono che la parentela naturale, per gli effetti dell'impedimento al matrimonio, possa risultare anche da un *possesso di stato certo e notorio*. A noi parve — e ne dimostrammo i motivi nel trattato *della filiazione* — che il *possesso di stato* non possa essere addotto come prova della filiazione naturale (1). Ed ivi osservammo — per ciò che riguarda specialmente le indagini vietate della paternità naturale, e della paternità o maternità adulterina o incestuosa — che l'ammettere la prova della filiazione mediante il possesso di stato, equivarrebbe in realtà a permettere quelle ricerche stesse le quali dalla legge sono proibite per lo scandalo che produrrebbero, pel turbamento che porterebbero nelle famiglie; giacchè per giovarsi dello allegato possesso di stato sarebbe indispensabile provare innanzi tutto l'esistenza dei fatti dai quali si vorrebbe farlo risultare, e l'esperimento stesso di queste prove costituirebbe inevitabilmente quelle ricerche scandalosamente immorali degli intimi segreti delle famiglie, che la legge volle impedire.

---

(1) V. il Vol. III della 1ª ediz., n. 91, pag. 598-601, n. 160, pag. 973-974.

Ritenuto pertanto che per l'accertamento della parentela naturale, costituente impedimento al matrimonio secondo le disposizioni degli art. 58 e 59 cod. civ., non siano ammissibili tutti i mezzi ordinari di prova, e nemmeno quello che si fondasse sopra un possesso di stato, per quanto si dicesse notorio; pensiamo per altro non aversi a conchiudere da ciò che per far luogo all'applicazione dei predetti art. 58 e 59 sia sempre indispensabile l'esistenza d'un *riconoscimento legale, o volontario o forzato,* della filiazione, come ritennero molti autorevoli scrittori che ricordammo in principio di questo numero. L'accoglimento di questa opinione produrrebbe la conseguenza che per la filiazione adulterina o incestuosa non fossero mai applicabili le disposizioni proibitive degli art. 58 e 59, e che perciò, nonostante la prova, risultante da sentenza o da atto scritto, della esistenza di tale filiazione, il padre potesse sposare la figlia, la madre sposare il figlio, il fratello sposare la sorella, poichè della filiazione adulterina o incestuosa non è possibile che si verifichi mai legalmente nè riconoscimento volontario, nè riconoscimento forzato (art. 180, 193, § 1, cod. civ.). Una tale enormità non ci parve possibile, e reputammo applicabili i predetti art. 58 e 59 non solo alla filiazione semplicemente naturale, ma parimente all'adulterina ed all'incestuosa (1).

Resta ora a vedersi se e come una tal massima sia conciliabile coll'altra che per l'accertamento della parentela naturale, come causa d'impedimento al matrimonio, debbano seguirsi le regole speciali stabilite dalla legge relativamente alle prove della filiazione naturale. A tale proposito è da notarsi che alcune delle regole predette riguardano l'accertamento della filiazione naturale per l'attribuzione dello stato civile di essa, con tutti gli effetti di diritti e di obbligazioni che ne dipendono: ed è sotto questo aspetto ch'è stabilito il principio fondamentale secondo cui lo stato

---

(1) V. sopra, n. 54.

di filiazione naturale non può risultare che da riconoscimento volontario dei genitori o da dichiarazione giudiziale, l'uno e l'altra subordinati a norme di rigore imprescindibili stabilite dalla legge per tutela della morale pubblica e dell'ordine nelle famiglie. Altre regole però sono stabilite circa le prove della filiazione naturale, non già all'effetto di costituirne lo stato civile, ma solo per farne derivare rapporti giuridici speciali, qual'è quello della obbligazione degli alimenti a carico dei genitori verso i figli naturali. Così è che nell'art. 193 del codice, mentre si dichiarano vietate tanto la ricognizione volontaria che la dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità adulterina od incestuosa, escludendo in tal modo la possibilità della esistenza d'uno stato civile di filiazione in questi casi, si soggiunge però che qualora la paternità o maternità dipenda da un matrimonio dichiarato nullo, o risulti anche solo indirettamente da sentenza civile o penale, o risulti da esplicita dichiarazione per iscritto dei genitori, *il figlio naturale avrà sempre azione per ottenere gli alimenti*. Per questo speciale effetto giuridico della obbligazione alimentaria hanno dunque efficacia le prove della filiazione naturale prevista nel detto art. 193, quantunque non possano avere la virtù di attribuire uno stato civile di filiazione. Ora, quando si tratta di provare la filiazione anche semplicemente naturale pei soli effetti dell'impedimento al matrimonio secondo gli art. 58 e 59 del codice civile, non è *lo stato civile* della filiazione stessa che si abbia in mira, ma il solo *rapporto di fatto*, il vincolo del sangue; poichè è questo vincolo che dà motivo all'impedimento per un matrimonio a cui la natura stessa ripugnerebbe, mentre non influisce veramente sui motivi dell'impedimento l'esistenza, o non, dello *stato civile* della filiazione (1). Ed è ciò appunto che spiega e giustifica l'essersi nei detti articoli 58 e 59 parlato genericamente di *parentela naturale*,

(1) V. sopra, n. 54 in fine; V. anche Fiore ed altri, op. cit., II, 318.

senza aggiungere — come si è fatto in altri luoghi del codice — che essa debba dipendere da *filiazione legalmente riconosciuta o dichiarata.*

Da tutto questo dovrebbesi dedurre, a nostro modo di vedere, che per quanto riguarda l'impedimento al matrimonio non sarebbero da applicarsi le regole stabilite dalla legge intorno alle prove della filiazione naturale per gli effetti, in generale, della costituzione dello stato civile di questa filiazione; ma piuttosto le regole particolari relative ai casi in cui si tratti di dimostrare l'esistenza del semplice *rapporto di fatto della filiazione* stessa per determinati effetti speciali, quali sono appunto quelle stabilite nell'art. 193. Nei casi previsti dal legislatore in questa disposizione farebbesi luogo pertanto all'applicazione di quelle degli art. 58 e 59, ancorchè si trattasse di parentela semplicemente naturale, non adulterina, nè incestuosa, e quantunque non esistesse riconoscimento nè volontario, nè forzato, di filiazione. Sarebbe invero una manifesta e grave assurdità che la legge riconoscesse l'esistenza del rapporto di fatto della filiazione naturale — sebbene negandone lo *stato civile* — per farne derivare l'obbligazione degli alimenti, e nel medesimo tempo considerasse come non esistente quel rapporto di fatto relativamente agli impedimenti pel matrimonio. Questa argomentazione ci sembra abbastanza decisiva per qualunque caso di filiazione illegittima, qualora si ammetta — come parve a noi potersi ritenere — che la disposizione dell'art. 193, § 2, n. 1, 2, 3, sia applicabile anche per la filiazione naturale semplice; talchè, verificandosi i casi previsti nel detto articolo, anche il figlio naturale, non adulterino, nè incestuoso, abbia diritto ad ottenere dal genitore gli alimenti (1). Ma quando pure si rifiutasse questa nostra opinione, sarebbe però sempre un assurdo se, per esempio, la scrittura privata di riconoscimento bastasse per dare

(1) V. Vol. III della 1ª ediz., n. 110, pag. 685-692.

luogo all'impedimento stabilito pel matrimonio dagli articoli 58 e 59, relativamente alla filiazione di cui è vietato il riconoscimento, e non bastasse invece per la filiazione naturale semplice, mentre sì nell'uno che nell'altro caso sussistono gli stessi motivi di moralità e decenza pubblica per vietare il matrimonio tra il padre e la figlia, tra la madre e il figlio, tra il fratello e la sorella naturali.

Rimane però un'obbiezione, che già notammo venire opposta da alcuni autori all'ammissibilità, per gli effetti dell'impedimento al matrimonio, di qualsiasi prova della parentela naturale, che non risulti da riconoscimento o da dichiarazione giudiziale di filiazione nei casi e nei modi stabiliti per ciò dalla legge.

Il *Merlin* aveva preveduta codesta obbiezione e vi rispondeva.

" Si dirà senza dubbio — scriveva egli — che *la pater-*
" *nità non può essere divisa*, e che perciò colui il quale non
" può essere considerato come figlio naturale d'una deter-
" minata persona al fine di richiedere gli alimenti da essa
" finchè vive, o di prender parte alla successione di lei,
" dopo la sua morte, non può neppure esserlo considerato
" all'effetto di non potere sposare la figlia di questo stesso
" individuo. Ma non si verifica punto in questo caso una
" divisione di paternità; perchè al fine d'impedire al figlio
" naturale, la cui filiazione non sia stata riconosciuta che
" per scrittura privata, di unirsi in matrimonio con colei
" che da quest'atto risulterebbe essere sua sorella naturale,
" *non è necessario supporre ch' egli sia realmente figlio del*
" *padre di costei; basta il considerare che l'atto per scrittura*
" *privata, in cui è riconosciuta la filiazione, la rende abba-*
" *stanza verosimile perchè l'onestà pubblica si opponga ad un*
" *matrimonio che potrebb'essere incestuoso* ".

La risposta del Merlin si fondava dunque in sostanza sul concetto espresso dalla legge romana in quelle parole che abbiamo sopra riferite: " Filiam pater naturalis non
" potest uxorem ducere, *etsi dubitetur patrem eum esse* ".

Se non che — come altra volta osservammo — non pare applicabile questo concetto alla legislazione nostra, in cui non vi è testo alcuno dal quale possa dedursi che basti il dubbio sull'esistenza di un vincolo di parentela naturale tra due persone, perchè sia loro vietato di unirsi in matrimonio; mentre poi gl'impedimenti che ad esso si oppongono sono di stretto diritto, nè possono risultare che da formali disposizioni di legge.

Per altro, non mancano, a nostro avviso, altre ragioni atte a rimuovere la obbiezione che si vorrebbe dedurre dalla *indivisibilità dello stato personale.* Questo principio della indivisibilità riguarda soltanto il vero e proprio *stato civile delle persone;* ed è fondato su ciò, che dipendendo lo stato dall'insieme delle qualità che rendono la persona capace del godimento e dell'esercizio dei diritti civili, costituisce un'astrazione giuridica, la quale si confonde colla personalità stessa dell'individuo, e identificandosi con essa, diviene quindi del pari essenzialmente indivisibile. Come si può dunque parlare della *indivisibilità dello stato di filiazione*, quando si suppone — come appunto nella questione presente — che uno *stato civile di filiazione naturale* non sussista per mancanza di legale riconoscimento e di dichiarazione giudiziale, e quando tutto è limitato al semplice rapporto di fatto, consistente nel vincolo naturale del sangue?

Ma, si dice, è pur sempre una contraddizione incomportabile ritenere esistente il rapporto di fatto della filiazione naturale per l'effetto dell'impedimento al matrimonio, mentre si attribuisce alla persona uno stato civile che supporrebbe un rapporto di fatto diverso: ed è assurdo, per esempio “ che un tale sia considerato come figlio naturale “ di un altro, all'effetto d'impedirgli il matrimonio colla “ figlia legittima di questo, mentre in tutti gli altri rap- “ porti sociali sarebbe ravvisato come figlio legittimo di “ altra persona, o come figlio di genitore ignoto „ (1).

---

(1) Astengo ed altri, loc. cit.

Codesto rimprovero di contraddizione, se mai avesse fondamento, colpirebbe pel primo lo stesso legislatore; il quale nell'art. 193, contemplando i casi in cui sono vietati il riconoscimento e la dichiarazione giudiziale sì della paternità che della maternità, in cui quindi non può esistere stato civile di filiazione, e il figlio adulterino o incestuoso è considerato legalmente come nato da genitori ignoti, se però la paternità o maternità è rivelata per virtù di una sentenza, o da esplicita dichiarazione per iscritto dei genitori, concede al figlio l'azione per ottenere gli alimenti dai genitori stessi. Ma non ci sembra veramente che in ciò si possa riscontrare la supposta contraddizione; appunto perchè nel caso considerato in quell'articolo, trattandosi di chi non ha nè può avere alcuno stato di filiazione, è impossibile trovare in opposizione con uno stato civile, che non esiste, il ritenere accertato in virtù d'una sentenza o d'una dichiarazione scritta dei genitori il fatto del rapporto naturale di filiazione, e in causa appunto di questo semplice fatto attribuire al figlio il diritto di alimenti, e assoggettarlo agli impedimenti pel matrimonio stabiliti negli articoli 58 e 59 cod. civile. La sentenza, la dichiarazione scritta sarebbero inette ad attribuire uno stato civile di filiazione, poichè questa sarebbe adulterina od incestuosa; ma bastano nondimeno per accertare il fatto della paternità o della maternità, e questo fatto è considerato a sua volta come sufficiente onde attribuire, per ragioni di umanità, il diritto di alimenti al figlio, e per vietargli per motivi di moralità, di decenza pubblica, d'ordine nelle famiglie, di interesse generale, di poter contrarre matrimonio con persona legata a lui dai vincoli di parentela naturale, indicati negli articoli 58 e 59, § 1° del codice civile. Dov'è in tutto ciò la contraddizione? Queste considerazioni valgono ugualmente, com'è chiaro senza bisogno di dimostrarlo, quando anche non si tratti di parentela adulterina od incestuosa, ma di parentela semplicemente naturale, la quale però non risulti da un riconoscimento volontario fatto nelle

forme di legge, nè da una dichiarazione giudiziale di paternità o maternità, pronunciata nei casi dalla legge stessa determinati. Anche allora, in mancanza di un riconoscimento legale volontario o forzato, non può esservi uno stato civile di filiazione, nè pertanto può trovarsi contraddittorio che per chi non è rivestito di tale stato, ed è quindi riguardato legalmente come figlio di genitori ignoti, si riconosca tuttavia come esistente il semplice rapporto di fatto della paternità o maternità naturale risultante direttamente o indirettamente da sentenza, o da dichiarazione scritta dei genitori, dal quale rapporto di fatto la legge faccia derivare o uno speciale diritto, qual è quello degli alimenti, o una speciale incapacità, qual' è quella dipendente dall'impedimento al matrimonio per parentela naturale secondo gli articoli 58 e 59.

Si osserva, nell'opera sopra citata dei signori Astengo ed altri, che talvolta la filiazione naturale, provata in altro modo che con un riconoscimento legale volontario o forzato, potrebbe trovarsi in opposizione *collo stato legittimo* appartenente ad una data persona. Aggiungiamo che potrà pure altre volte trovarsi in opposizione con un riconoscimento legale, da cui risulti per quella stessa persona uno stato di filiazione naturale diverso. Ma in tali casi la questione cangia sostanzialmente; vi è un conflitto che si verifica tra lo stato legittimo e il riconoscimento d'una filiazione naturale, ovvero fra riconoscimenti di quest'ultima specie emanati da persone diverse. Allora tutto dipende dal determinare quale sia nell'accennato conflitto lo stato che debbasi veramente attribuire al figlio: argomento intricatissimo, del quale ci siamo lungamente occupati in sede opportuna trattando della filiazione. Per conto nostro non esiteremmo ad ammettere che quando ad una persona legalmente appartenesse un determinato stato di filiazione legittima o di filiazione naturale, *la esplicita dichiarazione per iscritto*, con cui altri si fosse attribuita la paternità o la maternità naturale di quella stessa persona, trovandosi veramente in

contraddizione collo stato civile di lei, non potrebbe avere alcun effetto legale, dovrebbe considerarsi come non esistente, nè quindi si potrebbe farne derivare l'impedimento al matrimonio di cui negli articoli 58 e 59 cod. civile. Ma l'assunto nostro è, che se una determinata persona non abbia alcuno stato civile di filiazione, o perchè la filiazione di lei sarebbe adulterina o incestuosa, o perchè trattandosi di filiazione semplicemente naturale, non esista riconoscimento legale, nè volontario, nè forzato, in tali casi la parentela naturale, per gli effetti dell'impedimento al matrimonio giusta gli articoli 58 e 59 codice civile, può essere efficacemente provata con uno dei mezzi accennati nei numeri 1 a 3 dell'art. 193 codice civile.

Concludendo, le principali massime, che in questo importante e scabroso argomento reputeremmo potersi adottare, sarebbero le seguenti.

Mezzo principale di accertamento della parentela naturale, per gli effetti dell'impedimento al matrimonio secondo gli articoli 58 e 59, è il riconoscimento legale di filiazione, fatto cioè nella forma stabilita dall'art. 181 codice civile. In mancanza di riconoscimento legale, non è lecito ricorrere ad indagini sulla paternità o sulla maternità, per lo scopo predetto, se non nei casi e nei modi determinati dagli articoli 189 e 190 del codice civile stesso.

Mancando il riconoscimento legale, e non potendosi ottenere la dichiarazione giudiziale di filiazione, o perchè non concorrano le condizioni prescritte dai citati art. 189 e 190, o perchè essendosi nei casi previsti dall'articolo 180 sia vietato tanto il riconoscimento volontario a termini dell'articolo stesso, quanto l'istituire indagini di paternità o maternità pel divieto fattone dall'art. 193, § 1°, non sono proponibili per l'accertamento della parentela naturale i mezzi ordinari di prova, e segnatamente quelli per testimoni o per presunzioni.

I mezzi speciali però che sono previsti nei numeri 1, 2 e 3 dell'art. 193 possono essere addotti allo scopo di pro-

vare l'esistenza della parentela naturale per gli effetti dell'impedimento al matrimonio secondo gli articoli 58 e 59, e di giustificare così l'opposizione che venga fatta a quel determinato matrimonio, o la domanda per la dichiarazione di nullità di esso: e ciò tanto se si tratti di filiazione adulterina od incestuosa, quanto se si tratti di filiazione semplicemente naturale di chi non abbia nè uno stato legittimo, nè uno stato civile di filiazione naturale diversa, legalmente constante.

57. Ritornando ora ai principii generali di questa materia, è da notare che l'impedimento che nasce dal vincolo di parentela non è sempre irreparabile. Lo è in quei casi nei quali, a cagione dei rapporti che passano fra due persone, l'unione coniugale di esse ripugnerebbe assolutamente all'ordine naturale. Vi hanno però altri casi in cui generalmente, in uno stato normale di cose, le relazioni coniugali tra certe persone riuscirebbero, se non ad una completa opposizione, certo ad una difficile conciliabilità colle relazioni domestiche naturali che tra quelle persone esistono, sicchè vi ha ragione di proclamare come regola l'impedimento al matrimonio; ma pure possono verificarsi circostanze particolari, le quali contrapponendosi alle ragioni generali che diedero motivo a quella regola, giustifichino la permissione eccezionale del matrimonio. E siccome era impossibile prevedere tutte queste eccezioni e regolarle con disposizioni generali di legge, diveniva quindi utile e prudente l'affidare ad un'autorità il riconoscere l'esistenza di queste circostanze eccezionali, e permettere, per ragione di esse, la celebrazione di matrimoni che secondo le massime comuni sarebbero vietati.

Nondimeno il sistema che ammette dispense possibili dagl'impedimenti del matrimonio fu fatto segno a vive censure (1); parte delle quali però sono confutate abba-

---

(1) MARCADÉ, art. 164, t. I, n. 556.

stanza dalle considerazioni ora premesse, mentre le altre si fondano più veramente sul supposto abuso, che sull'uso legittimo della facoltà di dispensare, e principalmente sulla erronea supposizione che la causa più comune di concessione della dispensa debba essere la gravidanza della donna.

Già osservammo che, davanti alla Commissione di coordinazione del nostro codice, uno dei commissari qualificò il sistema delle dispense come *un arbitrio sempre più da evitarsi che da favorirsi.* La quale idea accordavasi colla obbiezione che altri aveva mossa dicendo: che se la morale e il buon ordine delle famiglie esigono la proibizione del matrimonio, essa dev'essere assoluta; se poi non sono da temere questi gravi danni sociali, è giusto e conveniente che il matrimonio sia permesso in modo generale. Aggiungevasi eziandio che l'ostacolo che, per ragioni d'ordine pubblico, vogliasi opporre al matrimonio, non può essere salutare e morale se non quando sia insormontabile. Altrimenti la possibilità di toglierlo di mezzo con una dispensa, non farà che provocare nelle famiglie quei disordini e quella corruzione dei costumi, ad impedire i quali precisamente intende il divieto del matrimonio; perchè una delle cause più gravi e più frequenti su cui si fonderanno le domande di dispensa consisterà nell'essere la donna per divenire madre di prole incestuosa.

Ma a queste obbiezioni non sono molto difficili le risposte. Abbiamo visto che allato dei casi nei quali l'ordine di natura, la morale e l'onestà pubblica impongono la proibizione assoluta del matrimonio, altri ve ne possono essere e ve ne sono in cui havvi generalmente la convenienza sociale di porre come regola il divieto, ma possono darsi pure circostanze che consiglino eccezionalmente la permissione. E il determinare queste circostanze, molteplici e varie secondo i casi, non potendo esser opera della legge, conveniva quindi rimettere ad un'autorità dalla legge stessa determinata il farlo col mezzo di dispense. Ciò stesso toglie

ogni idea d'arbitrio, che solo potrebbesi verificare quando l'autorità, a cui la legge affida questo ufficio, ne abusasse.

Parimente il timore che la possibilità di rimuovere l'impedimento promuova i disordini e la scostumatezza nelle famiglie, non potrebbesi avverare se non quando le illecite relazioni precedenti fossero considerate come ragione sufficiente a concedere la dispensa. Ma ciò non dev'essere; e se la dispensa si accordi solamente quando vi siano gravi ed onesti motivi, la moralità e l'ordine generale non potranno scapitare, ma anzi si avvanteggieranno di questo mezzo che la legge concede per autorizzare matrimoni generalmente vietati (1).

Tali furono i motivi i quali ispirarono la disposizione seguente, che leggiamo nel primo paragrafo dell'art. 68 del nostro codice:

" Il re, quando concorrano gravi motivi, può dispensare " dagl'impedimenti indicati nei numeri 2 e 3 dell'arti- " colo 59 „.

Nessuna dispensa può dunque togliere l'impedimento al matrimonio derivante dalla parentela legittima o naturale in linea retta, o dalla relazione tra fratelli e sorelle legittimi o naturali. La dispensa può solo rendere possibile il matrimonio tra affini nel medesimo grado di fratelli e sorelle, cioè tra cognati, e tra zii o prozii e nipoti o pronipoti.

La facoltà di accordare la dispensa fu riservata al Re, acciocchè non sia soverchia la facilità e la frequenza di tali concessioni.

Richiedonsi per ottenerle *motivi gravi*, la cui valutazione è naturalmente rimessa all'autorità a cui è dato di potere concedere la dispensa. — Motivi gravi sarebbero, per esempio, il procacciare all'uno degli sposi i mezzi di campare la vita, che altrimenti gli mancherebbero; provvedere ai figli nati da nozze anteriori, i quali troverebbero nello zio la protezione d'un padre, nella zia le cure materne:

---

(1) Cf. Laurent, II, 358.

conservare stabilimenti la cui cessazione danneggierebbe interessi importanti; troncare o prevenire liti; facilitare accomodamenti d'interessi di famiglia, e simili. Non potrebbesi impugnare l'efficacia giuridica della dispensa, allegando non esserne stati abbastanza gravi i motivi, appunto perchè la legge affida totalmente all'autorità reale il riconoscere e valutare quella gravità. Ma, all'opposto, la dispensa che fosse stata accórdata per gl'impedimenti di parentela contemplati nell'art. 58, o nel n. 1 dell'art. 59 del cod. civile, non potrebbe avere nessun valore giuridico, perchè contraria alla disposizione di legge contenuta nel detto articolo 68.

Le forme necessarie ad osservarsi per ottenere dispensa, sono regolate dagli articoli 79, 80 e 81 del R. Decreto 15 novembre 1865 (n. 2602) relativo all'ordinamento dello stato civile. Le domande devono essere dirette al Ministero di grazia e giustizia per mezzo del procuratore generale presso la Corte d'appello nella cui giurisdizione i richiedenti od uno di essi hanno la loro residenza. Alla domanda devonsi unire gli atti di nascita degli sposi, gli atti di consenso altrui, se occorra, gli atti comprovanti i rapporti di parentela o d'affinità da cui si chiede dispensa, e tutti gli altri documenti che, secondo i casi, giustifichino i fatti e le ragioni esposte. Il procuratore generale informa e riferisce poi col proprio parere, trasmettendo l'istanza ed i documenti al Ministero di grazia e giustizia.

L'effetto della dispensa concessa è di toglier di mezzo l'impedimento, e rendere legalmente possibile la celebrazione del matrimonio. Ma, per ragioni simili a quelle che furono dimostrate trattando dell'impedimento di età (1), non potrebbesi colla dispensa convalidare un matrimonio contratto illegittimamente prima di ottenerla, e togliere così l'azione di nullità a tutti gli interessati ai quali ne spetta per diritto l'esercizio.

---

(1) V. sopra, n. 46 in fine.

D — Impedimento al matrimonio per vincolo di affinità.

Sommario. — 58. Motivi e limiti dell'impedimento che l'affinità produce al matrimonio. — 59. Se negli articoli 58 e 59 sia considerata unicamente l'affinità *legittima* od anche la *naturale*. — 60. *Quid* nel caso che sia stato annullato il matrimonio da cui l'affinità deriverebbe. — 61. *Quid* nel caso di scioglimento del matrimonio stesso. — 62. Della dispensa dall'impedimento per affinità.

58. Se l'affinità, come vedemmo, è un vincolo riflesso, determinato fra ciascuno dei coniugi e i parenti dell'altro dalla intimità personale intercedente fra i coniugi stessi (1), si comprende che ragioni analoghe a quelle che indussero la proibizione del matrimonio fra stretti congiunti, consigliavano eziandio a vietarlo, entro certi limiti, fra le persone che siano legate fra loro dal rapporto di affinità. Si comprende però senza sforzo quale differenza passi, nondimeno, tra la ragione dei due impedimenti per causa di parentela o per causa di affinità. Rispetto alla prima, vi sono anche motivi di repulsione naturale ed istintiva al matrimonio fra stretti consanguinei. Rispetto agli affini invece, mancando il vincolo del sangue, il divieto di matrimonio riposa soltanto sopra motivi di convenienza e di riguardo al buon ordine delle famiglie. Sono motivi analoghi insomma, ma di grado inferiore, come più debole è per se stesso il vincolo indiretto dell'affinità, in confronto a quello diretto della parentela.

Quindi si spiega naturalmente che la proibizione del matrimonio, per l'impedimento dell'affinità, sia meno rigorosa che per quello di parentela. Meno rigorosa è anzitutto per la cerchia delle persone a cui l'impedimento medesimo si estende, specialmente nella linea collaterale; meno rigorosa ancora in quanto, nella linea stessa collaterale, l'impedimento per affinità non è assolutamente indeclinabile, essendo ammessa la facoltà della dispensa, anche quando

(1) V. sopra, n. 3 in fine, e n. 12.

non è ammessa, nel grado corrispondente, per l'impedimento della parentela.

Bastano questi cenni a dare spiegazione delle regole che troviamo stabilite in proposito negli articoli 58, 59 e 68, codice civile.

" In linea retta il matrimonio è vietato fra tutti gli " ascendenti e discendenti legittimi o naturali *e gli affini* " *della medesima linea* ".

" In linea collaterale il matrimonio è vietato: 1° fra le " sorelle e i fratelli legittimi o naturali; 2° *tra gli affini* " *nel medesimo grado* ".

" Il re, quando concorrano gravi motivi, può dispensare " dagli impedimenti *indicati nei numeri* 2 e 3 dell'art. 59 ".

59. Una prima e complessa questione si presenta, per determinare la portata di questa proibizione.

Nei predetti articoli 58 e 59 si parla di *affini in linea retta* e di *affini nel medesimo grado di fratelli e sorelle.* — Devesi intendere che ciò si riferisca alla sola affinità *legittima*, od anche all'*affinità naturale* soltanto?

Fu dimostrato altra volta che l'affinità, considerata come vincolo produttivo di rapporti giuridici, non può generalmente derivare che da un matrimonio legittimo, non da un commercio illecito. Ma fu notato nello stesso tempo essere gravemente controversa la questione, se eccezionalmente l'*affinità naturale*, quella che deriva da un commercio illecito, non da matrimonio, debba riguardarsi come causa d'impedimento a contrarre matrimonio tra le persone legate da tale relazione tra loro (1).

Ed è appunto questa la questione della quale dobbiamo ora occuparci.

Ricordiamo però che non devesi confondere quella che direbbesi propriamente *affinità naturale*, cioè il vincolo che esisterebbe tra l'una delle persone le quali hanno vissuto

---

(1) V. sopra, n. 13, pag. 46-55.

insieme in concubinato ed i parenti dell'altra, colla diversa specie di affinità che avrebbe luogo dipendentemente da matrimonio legittimo, tra l'uno dei coniugi ed i parenti non legittimi ma naturali dell'altro. In questa ultima ipotesi nessuno contesta che vi ha, nei casi contemplati dalla legge, vero impedimento al matrimonio.

La legge, infatti, stabilisce questo impedimento tra gli ascendenti e discendenti anche *naturali* soltanto, e lo estende poi agli *affini della medesima linea;* lo stabilisce tra fratelli e sorelle legittimi o *naturali*, e lo estende pure agli *affini nel medesimo grado*. È chiaro adunque che, come la parentela naturale produce in questi casi l'impedimento tra i parenti, così lo produrrà pure, secondo la lettera e lo spirito della legge, fra l'uno di tali parenti e la persona che congiungendosi coll'altro in matrimonio legittimo, abbia partecipato per affinità a quel vincolo naturale (1). — Ciò non è, evidentemente, che una conseguenza del principio generale, secondo cui " Nella linea e nel grado in cui taluno " è parente di un coniuge, è affine dell'altro coniuge " (art. 52, § 2, cod. civ.). Il criterio che la legge stabilisce qui per la *prossimità*, vale identicamente per la *qualità* rispettiva della parentela e dell'affinità. Quest'ultima, cioè, richiede bensì la legittimità del matrimonio su cui si fonda, ma non la legittimità della parentela, rispetto alla quale produce i suoi effetti (2).

Così il marito rimasto vedovo non potrebbe sposare la figlia naturale che prima del matrimonio fosse nata dalla moglie sua, nè quella che nata in costanza d'un matrimonio precedente, fosse stata disconosciuta dal primo marito (art. 162, codice civile), nè quella nata da un matrimonio anteriore annullato per incesto. Tutto ciò è per-

---

(1) V. sopra, loc. cit.

(2) Per determinare quindi quali siano i parenti *naturali* di un coniuge ai quali si estende il vincolo di affinità verso l'altro coniuge, non saranno che da applicare le norme già esaminate studiando il tema dell'impedimento per ragione di parentela. V. sopra, n. 54 e 55, pag. 180 e seguenti.

fettamente vero, non è contestato da alcuno, ma insieme è completamente estraneo alla questione presente; la quale, ripetiamolo, riguarda unicamente quella specie d'affinità naturale che non si fonderebbe punto sovra un matrimonio legittimo, quella che esisterebbe tra l'una delle persone che vissero insieme in concubinato ed i parenti anche legittimi dell'altra; tra un uomo, per esempio, e la sorella, la figlia o la madre della concubina di lui.

Compresa la quistione in questi termini, essa attrasse una grave discussione nella dottrina francese, senza che le opinioni degli autori si accordassero nella soluzione.

Alcuni pensarono non esservi, nel supposto caso, una affinità legale che portasse impedimento al matrimonio. Osservavano non potersi formare se non per matrimonio legittimo un' affinità che meriti propriamente in diritto questa qualificazione; la legge parlando di affinità, in ordine agli impedimenti del matrimonio, non aver potuto riferirsi che ad una affinità vera nel senso giuridico, come l'ha intesa e qualificata in tutte le altre sue disposizioni; ciò essere confermato dal non vedersi fatta menzione degli *affini naturali*, mentre pei parenti si disse espressamente essere tra loro vietato il matrimonio, nei gradi contemplati dalla legge, tanto allora che i detti parenti sieno *legittimi* quanto se siano *naturali;* le antiche legislazioni ed il diritto canonico avere stabilito un impedimento al matrimonio tra l'una delle persone che avessero avuto un commercio illecito ed i parenti dell'altra, ma ciò essere stato disposto, ben più che per ragione d'una quasi affinità, per motivi di onestà pubblica; nulla di simile potersi decidere sotto l'impero del codice, poichè esso è muto intorno a ciò, e d'altra parte le disposizioni relative agli impedimenti sono *tassative;* l'ammettere che si potesse allegare e provare in giudizio il fatto d'una illecita unione da cui fosse derivata l'affinità naturale, che si addurrebbe come causa d'impedimento ad un matrimonio, essere contrario a quel riguardo *d'ordine pubblico* che la legge ha mostrato di volere che sia

rigorosamente rispettato, quando ha proibita la *ricerca della paternità* (1).

Altri però abbracciavano l'opinione contraria, appoggiandola alle considerazioni seguenti:

Il codice Francese non avere in nessun luogo definita con precisione l'affinità; non esser dunque necessario intenderla nel senso strettissimo che non la farebbe derivare fuorchè da un matrimonio legittimo, ed essere invece più ragionevole darle l'accettazione che aveva nell'antica legislazione e nel diritto canonico, i quali la consideravano come dipendente anche da un' unione illegittima; questa interpretazione essere pure conforme al testo della legge, la quale avendo cominciato dall'estendere la proibizione del matrimonio tra gli ascendenti e discendenti, tra i fratelli e le sorelle anche *naturali* soltanto, ed avendo poi aggiunto gli *affini della medesima linea, gli affini nel medesimo grado*, è da presumere logicamente che abbia inteso trattare degli affini come posti nella stessa categoria dei parenti di cui aveva poco prima parlato, cioè degli affini tanto *legittimi* che *naturali;* questa stessa interpretazione essere d' altronde la sola che rispetti il buon costume, la onestà pubblica, essendo troppo manifestamente contrario a ragione ed alla morale l'ammettere, per esempio, un uomo a contrarre matrimonio colla madre, colla figlia o colla sorella di colei colla quale avesse vissuto in concubinato (2).

Una terza opinione distinguerebbe se la prova della illecita unione fosse già acquisita anteriormente alla domanda di annullamento del matrimonio per causa di affinità naturale, ovvero dovesse farsi nello stesso giudizio di annullazione, col mezzo di testimoni od altrimenti. In quest' ultimo caso escluderebbe, per ragioni d'ordine pub-

---

(1) VALETTE sur PROUDHON, Chap. XXII, Sect. IV, § 2, n. 4, Observat.; DEMOLOMBE, t. III, n. 112; LAURENT, II, 351.

(2) DELVINCOURT, Lib. I, Tit. VI, Chap. 1, Sect. IV, § 2, n. 9; ZACHARIAE, § 84, n. 5, § 461 n^e 1, 3, n. 11; MARCADÉ, art. 161, § III, t. I, n. 549.

blico, che si potessero fare indagini sul fatto addotto dalla illecita unione, che avrebbe prodotto l'affinità naturale e quindi l'impedimento al matrimonio. Ma allorchè la prova del commercio illecito fosse già acquisita, come quando risultasse dall'annullazione d'un anterior matrimonio, o dal riconoscimento della prole naturale, fatto da amendue i genitori, si farebbero ancora due suddistinzioni. Se la prova risultasse unicamente dal riconoscimento di figli naturali emesso da amendue i genitori, non potrebbe tuttavia da quell'unione illecita provenire un'affinità che impedisse il matrimonio tra l'una delle persone che avessero avuto commercio tra loro ed i parenti dell'altra, perchè *il concubinato non essendo mai legale, non può produrre un' affinità legale.* Se invece la prova predetta risultasse dall' annullazione di un precedente matrimonio, avrebbesi tra l'uno degli sposi ed i parenti dell'altro un *impedimento dirimente* per affinità, qualora per la *buona fede* degli sposi il matrimonio annullato producesse tuttavia i suoi effetti civili; ma si avrebbe un *impedimento impediente* soltanto qualora, in mancanza di *buona fede* nei contraenti, nessun effetto civile potesse derivare dal matrimonio annullato (1).

Queste distinzioni e suddistinzioni non fanno che imbarazzare la quistione, introducendovi l'ipotesi di un matrimonio anteriore annullato; ipotesi estranea al caso nostro, in cui si suppone soltanto una unione illecita, e si chiede se essa possa dar luogo ad affinità naturale, come il matrimonio legittimo in cui quelle persone fossero unite produrrebbe l' affinità legale. Dei casi di matrimonio disciolto od annullato, già fu fatto cenno trattando della affinità, e ne riparleremo nei numeri seguenti. Frattanto però, e tenendoci rigorosamente al caso nostro, è chiaro che, per quanto lo riguarda, anche questa terza opinione viene ad associarsi completamente alla prima delle suaccennate.

---

(1) DURANTON, t. I, ediz. Bruxelles, n. 744 a 746.

Dovendosi pertanto scegliere fra gli altri due sistemi, sembra che, secondo la legislazione nostra, sia da adottarsi a preferenza il primo, che esclude dagli impedimenti dirimenti il matrimonio, quello che risulterebbe dall'*affinità naturale*. Oltre gli argomenti in appoggio già sopra riferiti, si aggiunge nella nostra legislazione questo gravissimo, che, a differenza del codice Francese, il quale non definiva punto in modo generale l'affinità, il nostro reca questa definizione espressa in tali termini che suppongono necessariamente l'*esistenza d'un matrimonio valido* da cui l'affinità provenga (art. 52 del cod. civ.). Quando dunque nei successivi articoli 58 e 59 si parla poi di *affini*, ciò non può intendersi riferibile ad altri che a coloro tra i quali stia una vera affinità, come è definita nell'articolo 52, cioè come vincolo, nascente da matrimonio valido, tra l'uno dei coniugi ed i parenti dell'altro (1).

A questo può aggiungersi ancora che nel progetto di codice compilato dalla Commissione istituita nel 1860, erasi scritta una disposizione espressa la quale dichiarava sussistere gl' impedimenti, *ancorchè la consanguineità o la affinità siano meramente naturali*. Ma questa disposizione fu soppressa negli altri progetti successivamente presentati.

Forse sarebbe stato desiderabile che quella disposizione, proposta dalla Commissione del 1860, fosse riprodotta; nè se si fosse fatto, si sarebbe potuto con fondamento muoverle il rimprovero di contraddire al principio fondamentale che l'affinità produttiva di effetti giuridici non può derivare se non da un matrimonio legittimo. Vi sarebbero state ragioni troppo evidenti di moralità e di decenza pubblica, per giustificare questa eccezione, che si sarebbe fatta attribuendo all'affinità naturale, che non produce altri effetti civili, questo di formare impedimento al matrimonio (2).

---

(1) Cf. sopra, n. 13, pag. 47-48.
(2) V. sopra, n. 52, pag. 177.

Ma ad ogni modo, non essendosi ciò fatto nel testo della legge, sarebbe un mero arbitrio il supplirvi, introducendo così un impedimento non istabilito testualmente dalla legge medesima; mentre le disposizioni di essa in tale materia sono necessariamente tutte, per principio fondamentale, da riguardarsi come *tassative* (1).

60. La discussione che formò subbietto del numero precedente ci apre la via a trattare di un altro argomento, che vedemmo essere stato da qualche autore meno opportunamente frammisto a quello. Da un matrimonio che sia *annullato* può derivare un'affinità bastante ad indurre impedimento alle nozze, che si volessero contrarre da uno di coloro tra cui era avvenuto quel matrimonio nullo, con un parente in linea retta od un fratello od una sorella dell' altro?

Tale è il quesito, la cui soluzione deve risultare non difficilmente dai principii generali di diritto intorno agli effetti della nullità dichiarata, e dalle teorie già espresse trattando dell'affinità.

L'effetto di ogni dichiarazione di nullità è di far considerare l'atto annullato come se non avesse avuta mai esistenza legale, in guisa da rimanere retroattivamente distrutti tutti gli effetti che quell'atto produceva sotto il suo carattere apparente.

D'altro lato l'affinità (come più sopra fu ricordato) non può esistere giuridicamente fuorchè in dipendenza di un matrimonio avente efficacia legale. È certo pertanto che, essendo unicamente l'*affinità legale* quella da cui può derivare un impedimento al matrimonio, mentre non lo produce, secondo la nostra legislazione, l'*affinità naturale* soltanto, come fu dimostrato nel numero precedente, un

---

(1) Astengo ed altri, op. cit., art. 58, § 3, t. I, pag. 462, art. 59, § 3, pag. 466; Borsari, *Comm. cod. civ.*, t. I, art. 52, § 193; Pacifici-Mazzoni, *Istituz.* (2ª Edizione), II, 118; Ricci, *Dir. civ.*, I, 68; Fiore ed altri, op. cit., II, 215.

tale impedimento non potrà mai sorgere dalle relazioni di affinità che dipenderebbero da un matrimonio annullato. Di vero se nella dottrina francese fu propugnata l'opinione che l'affinità risultante da un matrimonio annullato potesse produrre impedimento alle nozze tra ciascuno di coloro che in quel matrimonio si erano legati ed i parenti dell'altro, essa era sostenuta da quegli autori i quali (come ora vedremo) ritenevano sufficiente, per produrre impedimento, quella specie di affinità che risultasse da un commercio illecito.

Un altro scrittore francese ha insegnato una teoria, già accennata nel numero precedente, la quale distinguerebbe se il matrimonio annullato fosse o no suscettibile di produrre i suoi effetti civili, in causa della buona fede degli sposi. Senonchè, partendo da questa base, in sè abbastanza fondata, egli veniva a conseguenze non poco arbitrarie. Il matrimonio annullato, ma contratto in buona fede, recherebbe tra gli altri anche l'effetto dell'affinità legale, e quindi pure l'impedimento alle nozze tra gli affini nei gradi determinati dalla legge, impedimento che sarebbe allora *dirimente*, come nel caso di affinità dipendente da matrimonio valido. Se poi, non essendovi stata buona fede negli sposi od in uno almeno di essi, il matrimonio annullato non producesse punto gli effetti civili che ne sono propri, esso arrecherebbe tuttavia un impedimento alle nozze tra gli affini contemplati dalla legge; poichè, si dice, " i buoni costumi sarebbero gravemente offesi se un individuo, dopo avere pubblicamente sposata la madre, potesse ancora sposare la figlia "; ma questo impedimento sarebbe allora semplicemente *proibitivo* (1).

Questa distinzione però fu giustamente notata come arbitraria; in quanto che in una delle sue parti avrebbe per risultato di rendere puramente *proibitivo* l'impedimento di affinità, che la legge qualifica sempre come *dirimente*.

---

(1) Duranton, loc. cit., n. 746.

Ora si può ben disputare se l'impedimento esista o non esista, secondo la legge; ma ammettendo che esista, non può esser lecito assegnargli caratteri ed effetti diversi da quelli che la legge stessa gli attribuisce.

Non ostante ciò, la distinzione tra il caso che il matrimonio annullato sia *putativo* (art. 116, codice civile) e produca quindi gli effetti civili, ed il caso contrario, è pur sempre vera, ed è importantissima per la decisione del quesito di cui ora ci occupiamo.

Il matrimonio annullato *non produce esso gli effetti civili*, perchè gli sposi non erano in buona fede? Non potrà dunque produrre *legalmente* nemmeno l'effetto dell'affinità tra l'una delle persone che si erano legate con quel matrimonio ed i parenti dell'altra; epperò neppur potrà nascere l'impedimento a nuove nozze che dall'affinità predetta deriverebbe. Si obbietta che tali nozze offenderebbero gravemente il buon costume. Ciò è verissimo, e può fare desiderare che la legge avesse considerato questo caso e stabilitone un impedimento alle nuove nozze; ma non può fare che mentre, come fu dimostrato, la legge contempla quale causa d'impedimento al matrimonio l'*affinità legale*, non la semplice *affinità naturale*, si ritenga bastare questa ultima, che sola puo verificarsi realmente in dipendenza d'un matrimonio annullato. Il ritener ciò sarebbe contrario al principio fondamentale che in fatto d'impedimenti al matrimonio le disposizioni della legge sono *tassative;* sarebbe opera, non d'interprete, ma di legislatore.

Nel primo progetto *Cassinis* l'articolo 111 dichiarava, come già fu riferito nel numero precedente, che bastasse l'*affinità naturale* a recare impedimento al matrimonio; e nel secondo paragrafo poi soggiungeva che " l'impedimento di affinità ha luogo *quantunque essa derivi da matrimonio annullato per sentenza*. Ma quella disposizione non fu riprodotta nei successivi progetti e nel codice attuale; e ciò stante non potrebbe essere lecito introdurre una massima la quale, creando un impedimento al matrimonio per un

caso non contemplato dalla legge, usurperebbe il potere legislativo.

Qualora poi il matrimonio annullato produca, per la buona fede degli sposi o d'uno di essi, gli effetti civili, a tenore dell'articolo 116 del codice civile, anche l'*affinità legale* sarà tra quegli effetti, epperò sarà caso di applicare gl'impedimenti che da tale affinità risultano. Questa massima fu sviluppata abbastanza largamente, trattando della affinità in generale, nè qui occorre che di richiamarla (1).

61. Una domanda apparentemente analoga, ma in realtà più facile a risolversi, concerne il caso che il matrimonio da cui l'affinità proveniva sia stato, non annullato, ma *sciolto* per la morte di uno dei coniugi (art. 148, codice civile). Allora infatti, tanto è lungi dal cessare l'affinità stessa, che anzi da quello scioglimento appunto essa comincia ad operare come causa d'impedimento di valore suo proprio; mentre in antecedenza il sussistere del matrimonio anteriore crea un ostacolo di gravità maggiore e *assoluto* alle nuove nozze che l'uno dei coniugi pretendesse contrarre. Nè in ciò vi è luogo a distinguere se siano o non siano superstiti figli nati dal matrimonio disciolto; nè se il coniuge superstite sia passato o no a nuove nozze. Il nostro codice, colla disposizione dell'art. 52 § 3 ha risolte espressamente le incertezze già sorte su questo proposito (2). Così, per esempio, il coniuge superstite non può unirsi in nuovo matrimonio con un parente in linea retta, nè con un fratello o una sorella del coniuge predefunto; quand'anche non gli restino figli avuti da quel matrimonio disciolto, o quand'anche il coniuge superstite si trovi vedovo, dopo nuove nozze che nel frattempo abbia contratte.

62. Anche l'impedimento per vincolo di affinità può

(1) V. sopra, n. 13, pag. 48-55.
(2) V. sopra, n. 16, pag. 58-59.

però, in casi eccezionali, essere rimosso mediante *dispensa* (art. 68, codice civile).

Le ragioni giustificative di tale facoltà concessa dalla legge al capo supremo dello Stato, sono le stesse che già furono esposte riguardo all'impedimento analogo per ragione di parentela (1). Medesimamente valgono le norme allora spiegate, per quanto riflette le condizioni di forma e gli effetti giuridici della dispensa.

Qui basterà avvertire che, a termini dello stesso art. 68, la facoltà della dispensa non è ammessa per ogni caso di impedimento derivante da affinità; è invece limitata al caso che si tratti di affinità in linea collaterale (tra l'uno dei coniugi e i fratelli dell'altro) contemplata nell'art. 59; rimanendo così esclusa rispetto alle persone che siano affini in linea retta (suoceri, generi e nuore), delle quali si occupa il precedente articolo 58. E come la facoltà della dispensa, attribuita al re, non è che un potere delegato dalla legge, dalla quale soltanto trae la sua efficacia; così è evidente che se, per ipotesi di errore o di altra circostanza, una dispensa reale venisse accordata fuori dei limiti che risultano dai predetti articoli, essa mancherebbe di qualunque valore giuridico.

E — Impedimento al matrimonio per vincolo di adozione.

Sommario. — 63. Motivi ed estensione di questo impedimento. — 64. Il divieto non è però subordinato alla circostanza che i figli adottivi siano sotto la dipendenza dell'adottante, — nè alla circostanza della convivenza fra le persone indicate nell'art. 60 — ma non ammette *dispensa*.

63. Fu dimostrato, parlando generalmente della parentela e dell' affinità, che la parentela *puramente civile*, derivante cioè dall'adozione, non produce rapporti giuridici fuorchè tra l'adottante e l'adottato, non tra l'adottante e la famiglia dell'adottato, nè tra l'addottato e i parenti

(1) V. sopra, n. 57.

dell'adottante; e che poi non è ammessa dalla legge una *affinità puramente civile*. Osservammo però fin d'allora che se queste regole valgono in generale per quanto concerne il complesso degli effetti civili attribuiti dalla legge alla parentela ed all' affinità, non mancano tuttavia di alcune eccezioni; tra cui principalmente quella ricordata espressamente nell'articolo 212 del codice civile, e concernente l'impedimento al matrimonio di cui ora dobbiamo occuparci (1). Ed un'altra di tali eccezioni vediamo fatta ancora per ciò che riguarda la parentela civile, in ordine alle successioni, nelle quali sono parificati ai *figli legittimi* anche gli *adottivi e i loro discendenti* (art. 737, 806, cod. civ.).

Ma restringendoci ora a quanto concerne l'impedimento nascente dalla parentela o dall'affinità che vieti la celebrazione d'un matrimonio, una manifesta eccezione al rammentato principio, riguardante la parentela o l'affinità puramente civile, è recata dalle disposizioni dell'art. 60 del codice civile, espresso nei seguenti termini.

“ Il matrimonio è proibito:

“ Tra l'adottante, l'adottato e i suoi discendenti;

“ Tra i figli adottivi della stessa persona;

“ Tra l'adottato ed i figli sopravvenuti all'adottante;

“ Tra l' adottato ed il coniuge dell'adottante, e tra
“ l'adottante ed il coniuge dell'adottato „.

L'adozione produce fra l'adottante e l'adottato una vera *parentela civile*, la quale imita perfettamente nei rapporti che ne derivano, per finzione di legge, la *parentela legittima*. Niuna meraviglia dunque che tra l'adottante e l'adottato inducasi dalla legge un impedimento dirimente il matrimonio. Le stesse ragioni che rendevano *naturalmente* ed assolutamente ripugnanti le relazioni figliali alle coniugali, dovevano rendere pure *civilmente* inconciliabili con queste le relazioni giuridiche, imitanti quelle di figliazione naturale e legittima, che provengono dall'adozione.

---

(1) V. sopra, n. 6, pag. 21.

“ Essendosi ammessa, così leggesi nella relazione sul primo libro del progetto di codice civile concordato tra la commissione del Senato ed il Ministero, l'*adozione* che il progetto (ministeriale) sopprimeva, si dovette aggiungere, *nell' interesse della famiglia e del costume*, l'impedimento che da essa deriva secondo le leggi di tutti i popoli che tale istituzione hanno riconosciuta „ (1).

Ma l'adozione non produce i rapporti di *parentela civile* — se non eccezionalmente e per certi speciali effetti (articoli 737, 806, codice civile) — tra l'adottante ed i figli o discendenti dell'adottato; molto meno tra l'adottato e i parenti dell'adottante, sieno pure i figli legittimi a lui *sopravvenuti* (conf. art. 202, 212, cod. civ.); meno ancora tra l'adottato e chi non è legato coll'adottante da parentela legittima, ma è solo *figlio adottivo della stessa persona*. L'adozione non produce neppure *affinità civile* di sorta; sicchè generalmente non vi hanno rapporti giuridici tra il coniuge dell'adottante e l'adottato, nè tra il coniuge dell'adottato e l'adottante.

Perchè dunque è stabilita questa eccezione, in forza di cui anche tra l'adottante ed i figli o discendenti dell'adottato, tra l'adottato ed i figli legittimi sopravvenuti allo adottante, e tra i figli adottivi della stessa persona, è proibito il matrimonio, come se fossero parenti legittimi? Perchè uguale proibizione si è fatta tra l'adottato ed il coniuge dell'adottante, e tra l'adottante ed il coniuge dell'adottato, come se fossero veramente affini in linea retta?

Il motivo è adombrato nel brano, che sopra fu riferito, della relazione presentata dalla Commissione senatoria, ed è manifestamente e giustamente fondato sull' *interesse della famiglia e del buon costume*. — Sarebbe infatti pericoloso all'ordine delle famiglie, pericoloso all' onestà dei costumi che, tra persone strette in così intima relazione e spesso

---

(1) V. Relazione Vigliani, § 51.

conviventi, fosse permessa l'unione coniugale, la cui possibilità diverrebbe incentivo alla passione ed alla sregolatezza.

Non bisogna però dimenticare che, appunto perchè queste disposizioni dell'articolo 60 apportano *eccezioni* alle regole generali ammesse dalla legge, non possono le disposizioni stesse ricevere interpretazioni ed applicazioni estensive, ma debbono essere tenute ristrette entro i limiti che sono assegnati dalla loro formola testuale.

Così sarebbe evidentemente arbitrario il creare un impedimento al matrimonio tra la persona adottata e il genitore od ascendente dell'adottante (1) per quanto possa giudicarsi ripugnante che per esempio la donna adottata, sposandosi al padre dell'adottante, divenga matrigna di colui del quale per finzione di legge è considerata come figlia. Parimente l'impedimento essendo dichiarato soltanto tra l'adottante e i *discendenti* dell'adottato, tra l'adottato ed i *figli* sopravvenuti all'adottante, senza esprimere, come si è fatto per la parentela legittima (art. 58 e 59, codice civile), che debbano considerarsi ugualmente i figli ed i discendenti *legittimi* o *naturali*, dovremo ritenere che la disposizione proibitiva dell'articolo 60 si applichi unicamente ai *discendenti legittimi* dell'adottato, ai *figli legittimi sopravvenuti* all'adottante. Ciò spiega infatti il perchè siasi parlato di figli *sopravvenuti* all'adottante; chè, l'*adozione non potendo farsi da chi abbia discendenti legittimi o legittimati* (art. 202, cod. civ.), non è supponibile che esistano *figli legittimi nati all'adottante prima dell'adozione*, e coi quali sia proibito all'adottato di contrarre matrimonio; mentre se si fosse voluto riferirsi anche ai *figli naturali*, questi potrebbero essere tanto preesistenti all'adozione, che nati dopo, e quindi sarebbe stato inesatto il supporli *sopravvenuti* (2).

---

(1) Delvincourt, Lib. I, Tit. VI, Chap. I, Sect. IV, § II, n^a^ 1; Duranton, t. I, ediz. Bruxelles, n. 760, n^a^ 1; Demolombe, t. III, n. 109.
(2) Aubry et Rau, § 463, n^a^ 2; Demolombe, t. III, n. 109.

Questa massima, adottata dalla dottrina francese, non ostante qualche opinione in contrario (1), è confermata evidentemente per noi anche dalla discussione avvenuta davanti alla Commissione di coordinazione. Uno dei commissari aveva proposto che nell'articolo corrispondente al 60 del codice attuale, si aggiungessero le parole — *legittimi o naturali* — a quelle di — *discendenti* — *e figli* di cui parla semplicemente l'articolo. — La proposta fu respinta " perchè il progetto ha appunto omesso le parole " — *legittimi o naturali* — non volendo comprendere nel " divieto di cui nell'articolo in disamina che *i soli discen-* " *denti legittimi;* il che sembra giusto, trattandosi in questo " caso d'un impedimento, per così dire, artificiale che non " convenga estendere di troppo „ (2).

Il matrimonio non è dunque proibito tra l'adottante ed i figli naturali dell'adottato, nè tra l'adottato ed i figli naturali dell'adottante, sieno poi essi nati anteriormente alla adozione o sieno sopravvenuti.

64. Lo stesso commissario aveva pure proposto che si limitasse la proibizione del matrimonio *tra i figli adottivi della stessa persona, e tra l'adottato ed i figli sopravvenuti all'adottante*, aggiungendo all'uno ed all'altro di questi due paragrafi dell'articolo, la seguente espressione — fino a *che si trovano sottoposti alla potestà dell'adottante* (3). — Ma questa mozione fu respinta anch'essa " perchè — si " osservò — oltre essere la medesima fondata sul *meno* " *esatto supposto che i figli adottivi vengano sotto la podestà* " *dell'adottante*, i motivi di morale che hanno dettato l'ar-

---

(1) Duranton, t. I, ediz. Bruxelles, n. 760, nª 2.

(2) V. Proc. verb., n. 6, § 2.

(3) Probabilmente quella proposta era causata da una reminiscenza del diritto romano, secondo cui l'adozione (almeno per le forme della *arrogazione* e della adozione *piena*) costituiva un *modo di acquisto della patria potestà*. V. Instit. *de adopt.* (Lib. I, tit. XI). " *Non solum autem naturales liberi, secundum ea quae dicimus, in potestate nostra sunt;* " *verum etiam ii, quos adoptamus* „.

" ticolo 69 (60 del codice) esigono che la proibizione di
" contrarre matrimonio, tra i figli adottivi della stessa
" persona e tra questi ed i figli sopravvenuti all'adottante,
" sia senza limite; acciocchè la speranza di potersi poi
" unire in matrimonio non induca illeciti rapporti tra di
" loro, tanto più tristi e temibili tra coloro che convivono
" assieme e fanno parte della stessa famiglia „ (1).

Del resto, quantunque la probabile convivenza delle persone contemplate nell'articolo 80 sia fra i motivi che ne hanno determinata la disposizione, la generalità dei termini in cui questa è formulata, ed il principio che non sia lecito introdurre nelle leggi distinzioni ch'esse non facciano, non permettono di considerare quella convivenza come condizione necessaria per l'applicazione dell'impedimento stabilito da questo articolo. Così sarà vietato il matrimonio tra l'adottante ed i figli o discendenti dell'adottato, sebbene questi sieno maggiorenni e non coabitino coll'adottante nè coll'adottato stesso; sarà vietato tra i figli adottivi della stessa persona, quantunque vivano separati; tra l'adottato ed i figli sopravvenuti all'adottante, quantunque questi pure maggiorenni non convivano nè coll'adottato nè coll'adottante stesso.

La legge non ha ammesso per questo impedimento la possibilità di ottenere dispensa (confr. art. 68, cod. civile). Ed infatti i casi contemplati nell'articolo 60 corrispondono a quelli in cui la parentela legittima o l'affinità producono tale impedimento da cui non si può essere dispensati. La relazione tra l'adottante e l'adottato e i suoi discendenti, corrisponde alla parentela in linea retta; quella tra i figli adottivi della stessa persona e tra l'adottato ed i figli sopravvenuti all'adottante corrisponde al rapporto tra fratelli e sorelle; quella tra l'adottato ed il coniuge dell'adottante e tra l'adottante ed il coniuge dell'adottato corrisponde all'affinità in linea retta. Era dunque ragionevole

(1) V. Proc. verb., loc. cit.

che l'identità di motivi, tra quella parentela od affinità e queste relazioni dipendenti dall'adozione, rendesse ugualmente irreparabile l'impedimento che deriva da queste come da quella.

F — Dell'impedimento dipendente da reato.

Sommario. — 65. Motivi di questo impedimento e discussioni di cui fu oggetto. — Non si estende all'adulterio. — 66. Condizioni alle quali l'impedimento predetto è subordinato — condanna in sede penale — volontarietà del fatto e questioni relative. — 66[bis]. Effetti derivanti dal solo procedimento penale.

65. Avvi un reato che può essere causa d'impedimento al matrimonio, secondo la disposizione dell'art. 62 del codice civile, espresso come segue:

" Chi fu in giudizio criminale convinto reo o complice
" di omicidio volontario commesso, mancato o tentato sulla
" persona di uno dei coniugi, non può unirsi in matrimonio
" coll'altro coniuge.

" Se fu soltanto pronunziata la sentenza di accusa,
" ovvero ordinata la cattura, si sospenderà il matrimonio
" sino a che il giudizio sia terminato ".

Questo impedimento ebbe origine dal diritto canonico, che lo stabilì per ragioni evidenti di moralità, ed al fine che la passione di taluno verso una donna maritata ad un altro, non gli fosse di spinta ad uccidere il marito per render possibile la sua unione con quella donna. Ciò però non poteva aver luogo che in due casi; quando l'omicidio fosse stato commesso colla partecipazione del coniuge superstite, o quando l'omicida avesse pure commesso adulterio col coniuge superstite medesimo (1).

Il codice Francese rimase muto a questo proposito, il che bastò perchè la dottrina concordasse a ritenere abrogato tale impedimento (2).

---

(1) Van Espen, *Jus ecclesiast.*, pars II, tit. XIII, cap. VII; Pothier, *Traité du mariage*, n. 240-242.

(2) Cf. Demolombe, III, 135.

Il primo progetto Cassinis pel codice civile del regno d'Italia, riproducendo le disposizioni d'altri progetti sul matrimonio civile compilati tra il 1850 e il 1852 negli Stati Sardi, voleva vietato il matrimonio tra l'adultero e l'adultera, quando l'adulterio constasse per sentenza civile o criminale; vietava pure il matrimonio di chi fosse stato convinto reo di omicidio, benchè mancato o tentato, sulla persona di un coniuge, coll'altro coniuge superstite; come eziandio a chi fosse convinto reo di omicidio commesso o tentato sul proprio coniuge, al fine di contrarre nuove nozze con una determinata persona, proibiva di unirsi in matrimonio con questa.

I successivi progetti, compreso l'ultimo che fu presentato al Senato nelle tornate 15 luglio e 26 novembre 1863, non recavano più quelle disposizioni.

La commissione del Senato stimò opportuno di riprodurre quella sola relativa al caso di *omicidio volontario commesso, mancato o tentato sulla persona d'uno dei coniugi* da chi volesse poi congiungersi in matrimonio col coniuge superstite (1).

Alla commissione di coordinazione un commissario propose di eliminare questo impedimento; parendogli che ciò che potesse giustificarlo fosse l'intenzione criminosa di far servire l'omicidio come un mezzo ad ottenere lo scopo di congiungersi in matrimonio col coniuge della vittima, intenzione al cui accertamento il diritto civile non ha mezzi sicuri. Aggiungeva ancora che difficilissimo, pressochè impossibile in fatto sarebbe, nel caso supposto, il matrimonio, quando il crimine fosse constatato; e se venisse a scoprirsi dopo la celebrazione del matrimonio, l'annullamento di esso cadrebbe a danno della prole innocente.

Nondimeno questa proposta fu respinta quasi unanimemente. Si osservò, esser sempre una profonda immoralità, tale da offendere la coscienza pubblica, il permettere

---

(1) Relazione Vigliani al Senato, § 52.

l'unione coniugale tra l'omicida ed il coniuge dell'ucciso, quando anche l'omicidio non fosse stato commesso colla intenzione di render possibile quell'unione; esser comune a tutti i casi di annullazione del matrimonio il danno della prole innocente; doversi sopratutto star lontano dall'arrecare innovazioni agli impedimenti stabiliti nel progetto ch' era stato sottoposto alle deliberazioni del Parlamento; sia perchè v' era a dubitare molto se ciò potesse farsi a tenore della legge 2 aprile 1865, la quale autorizzava il Governo del re a coordinare le disposizioni del codice *senza alterarne i principii direttivi;* sia perchè, anche a parte questo dubbio, sarebbe stato sconveniente verso il Parlamento il modificare l'una o l'altra di quelle disposizioni essenziali integranti il sistema del matrimonio civile, in vista del cui complesso il sistema stesso era stato approvato (1).

Così venne mantenuto l'art. 71 del progetto senatorio, corrispondente al 62 del codice.

Contemporaneamente fu pure respinta la proposta, fatta da un altro commissario, perchè, se fosse conservato quell'articolo, si dovesse, per identità di ragione, vietare il matrimonio tra l'adultero e l'adultera. Si rispose che non vi è identità di ragione, non avendo certamente l'adulterio lo stesso grado di gravità del reato d'omicidio, che ad ogni modo poi le stesse considerazioni, le quali consigliarono a non sopprimere un impedimento stabilito nel progetto, imponevano altresì di non aggiungerne altri. Del resto, il testo medesimo dell'art. 62, soggetto anch'esso a stretta interpretazione, toglie ogni possibilità di equiparare all'omicidio l' adulterio (2).

66. Dalle cose dette nel numero precedente, e dal testo dell'articolo 62, risultano le seguenti condizioni, necessarie all' esistenza di questo impedimento:

---

(1) V. Proc. verb., n. 6, § 3.

(2) Cf. sopra, n. 42, pag. 141; Borsari, *Comm. cod. civ.*, I, art. 62, § 210.

1° che chi vorrebbe congiungersi in matrimonio col coniuge superstite sia reo o complice di omicidio volontario commesso, mancato o tentato sulla persona dell'altro coniuge;

2° che di questo reato sia stato convinto in giudizio penale.

La complicità è parificata in ciò all'azione principale, bastando anche quella a produrre ragioni di moralità, di decenza pubblica, e di prevenzione del reato, che giustificano questo impedimento.

È parificato eziandio al reato *consumato* il *mancato* ed anche il semplice *tentativo*, verificandosi pure in tutti questi casi ugualmente le stesse ragioni.

Nè poi è necessario che l'omicidio sia stato commesso o tentato precisamente allo scopo di render possibile il matrimonio col coniuge della vittima. Sarebbe stato difficilissimo, e più spesso impossibile il provarlo; e d'altronde, anche senza ciò, il solo fatto dell'omicidio basta a rendere profondamente immorale ed offensivo alla coscienza pubblica il matrimonio del coniuge superstite coll'autore di tale reato.

Ma d'altro canto le due condizioni richieste positivamente dalla legge cioè che l'omicidio consumato o tentato sia stato *volontario*, e che esso risulti da *giudizio penale*, possono dar luogo a dubbi di qualche importanza, se non di grande difficoltà, stante le diverse forme di grado che si incontrano nella contrapposizione dei fatti volontari in genere agli involontari. I quali dubbi però furono dalla dottrina considerati non pel caso attuale, ma per quello abbastanza affine che concerne l'indegnità a succedere, per causa di attentato alla vita del defunto (art. 725, codice civile) (1).

---

(1) Cf. Demolombe, t. XIII, n. 228-234; Laurent, t. IX, n. 3-5; Borsari, *Comm. cod. civ.* t. III, art. 725, § 1549-1551; Pacifici-Mazzoni, *Tratt. delle successioni*, t. I, n. 81-83 (2ª Edizione).

È da aggiungere però che, di fronte al codice nostro, la stessa differenza di trattamento usata fra l'indegnità a succedere e l'impedimento al matrimonio, che derivano dallo attentato alla vita di una persona, agevola la soluzione di quelle difficoltà. Rispetto alla prima infatti, mentre il codice Francese (art. 727) dichiara indegno di succedere “ *celui qui serait condamné* pour avoir donné ou tenté de “ donner la mort au défunt „, il codice Italiano (art. 725) dichiara senz' altro indegno “ *chi avesse volontariamente* “ *ucciso* o tentato di uccidere la persona della cui eredità “ si tratta „. Sicchè non è dubbio, per noi, che l'indegnità è connessa al *fatto* della uccisione consumata o tentata, indipendentemente dalla condanna penale; il quale fatto potrebbe dunque essere dedotto e provato in sede civile, quantunque l'azione penale non avesse avuto luogo, o fosse anche rimasta estinta od esclusa per qualsiasi causa. All' opposto, circa l' impedimento al matrimonio, l'art. 62 del codice nostro colpisce “ *chi fu in giudizio criminale* “ *convinto reo o complice di omicidio volontario* „, il che manifestamente implica la necessità di una condanna in via penale e la inammissibilità, in mancanza di essa, di una prova del fatto dedotta in sede civile soltanto, allo scopo di una opposizione al matrimonio o dell'annullamento di esso.

A parte l'indagare se e quali ragioni esistano, che possano giustificare questa diversità di regole, si comprende intanto come l'essersi richiesta, per l'impedimento al matrimonio, la *reità* dichiarata *in giudizio criminale,* offra criterio per risolvere le varie ipotesi in cui potrebbesi dubitare se il fatto sia stato volontario o involontario. È infatti dai termini stessi della sentenza di condanna penale che dovrà desumersi il carattere intenzionale o meno del fatto su cui fonderebbesi l'impedimento al matrimonio; e quindi le difficoltà possibili a tale riguardo appartengono piuttosto al campo di diritto penale che non a quello di diritto civile.

Non faremo dunque, per relazione di materia, che una

rapida rassegna delle varie ipotesi che possono includere od escludere la volontarietà del fatto.

Sembrano certe pertanto (tenendo anche presente il criterio che le disposizioni di legge portanti impedimento al matrimonio sono per natura loro soggette a *stretta* interpretazione) (1) le massime seguenti:

a) L'omicidio pel quale ricorra una *causa scriminante* non può far luogo all'impedimento sancito nell'articolo 62, codice civile; così, ad esempio, nel caso di omicidio commesso in istato di alienazione mentale, o di piena ebbrezza, o per legittima difesa, o per comando legittimo di autorità (art. 46, 48, 49, 57, 376, cod. pen. Italiano);

b) L'omicidio accompagnato semplicemente da *cause scusanti* o da *circostanze attenuanti*, ad esempio in seguito a provocazione, o per impeto d'ira, o per eccesso di difesa (art. 50, 51, 59, cod. penale), non cessa però di costituire reato di omicidio, e di omicidio *volontario;* che anzi appunto perchè esso è tale, ricorre la possibilità e l'utilità di applicare la diminuzione di titolo che dipende dalle escusanti; nè quindi vi sarebbe fondamento per escludere la conseguenza dell'impedimento al matrimonio, a termini dell'art. 62, cod. civile;

c) L'omicidio commesso *per imprudenza* invece, quando anche perseguibile e punibile come reato colposo (art. 371, cod. pen.), non potrebbe far luogo ad applicare l'art. 62, codice civile; essendo questo il caso più spiccato in cui manca il carattere della *volontarietà* richiesto come essenziale dalla legge;

d) L'omicidio *preterintenzionale* (art. 368, cod. pen.) neppur esso può far sorgere l'impedimento di cui si tratta. Questa forma di reato, in cui l'effetto sorpassa la volontà dell' agente, costituisce così un fatto che è *doloso*, quanto al fine generico di offendere, ma insieme *colposo* quanto al più grave risultato che ne è conseguito. *Come omicidio*, esso

---

(1) V. sopra, n. 42, pag. 141.

non può dunque essere qualificato che per *involontario;* e resta quindi fuori dei termini dell'art. 62, codice civile;

e) L'omicidio accompagnato da *concause*, ossia il *ferimento susseguito da morte*, non presenterebbe difficoltà, ove si intendesse nel senso di un fatto *scompagnato dalla intenzione di recar morte*, e susseguito da tale evento, per circostanze accidentali estranee al fatto del colpevole; nel qual caso si avrebbe anzi un reato di grado inferiore allo stesso omicidio preterintenzionale. Ma l'omicidio in concorso di concause può invece lasciar luogo a dubbiezza, ove si intenda nel senso proprio di un fatto *diretto intenzionalmente ad uccidere*, ma che nella forza materiale dei mezzi impiegati, non avrebbe per sè prodotto quell'effetto, senza il concorso di circostanze estranee (art. 367, codice penale). Il risultato della uccisione trova allora riscontro così nell'elemento intenzionale, come in quello materiale; salvochè quest'ultimo rimane imperfetto, da parte dell'agente. Ciò stante, per escludere in questa ipotesi l'applicazione dell'articolo 62, codice civile, può osservarsi che la esistenza o meno dell'impedimento al matrimonio non deve dipendere dalla accidentalità di circostanze che non riguardano il fatto del colpevole; mentre, in mancanza di esse, sarebbe stato escluso anche il *tentativo di omicidio* (per la supposta non idoneità dei mezzi usati), e sarebbe rimasto così il solo titolo di ferimento, insufficiente per l'applicazione dell'articolo 62 predetto. Tuttavia crederemmo più fondata la conclusione opposta; sia perchè, concorrendo la intenzione di recar morte e il risultato finale di questa, si verificano tutte quelle ragioni di rispetto alla moralità e alla coscienza pubblica, su cui il divieto di matrimonio è fondato; sia perchè, nel concetto anche della legge penale, tale reato (a differenza dell'omicidio preterintenzionale) va ascritto realmente alla categoria degli *omicidi volontari*, benchè porti una diminuzione di pena(1); sia infine perchè

(1) V. Relazione Zanardelli sul nuovo *Codice penale*, § 144, pag. 526.

il codice civile, parificando nell'art. 62 il reato tentato al consumato, dimostra con ciò stesso di attribuire importanza, sopra ogni altra considerazione, all'elemento morale del reato;

f) L'omicidio commesso *in duello* infine lascia luogo ancora a dubitare se possa considerarsi come omicidio *volontario*, all'effetto dell'impedimento al matrimonio; principalmente perchè, nella generalità dei casi, l'intenzione dei duellanti (suol dirsi) è quella di battersi, per soddisfare all'onore, anzichè di recar morte, e il fatto stesso della uccisione può essere imposto, nelle sorti del combattimento, dalla necessità di salvare sè stesso; tanto che il codice penale (art. 237 e seg.) considera questo come un reato *sui generis*, che viene punito per sè stesso, indipendentemente dalle conseguenze che possono derivarne, ed è collocato non nel titolo dei reati contro le persone, ma in quello dei reati contro l'amministrazione della giustizia, di fianco all'esercizio arbitrario delle proprie ragioni (1). Nonostante ciò, sembra che l'applicazione dell'art. 62, codice civile all'omicidio commesso in duello dipenda da una questione di fatto, piuttosto che di diritto. Stabilire *a priori* una regola assoluta e generale di incompatibilità fra il fatto del duello e la volontarietà dell'omicidio commesso per mezzo di esso (specialmente in rapporto all'art. 62, codice civile) sarebbe cosa per lo meno azzardata, e potrebbe non di rado trovarsi contraddetta dai termini stessi della sentenza penale di condanna. E infatti l'art. 243, cod. penale dichiara che, invece delle disposizioni speciali e più benigne per l'omicidio commesso in duello, si applicano *quelle dei capi I e II del titolo IX* (cioè le punizioni *ordinarie* dell'omicidio e della lesione personale), non solo quando il combattimento sia stato *sleale*, ma anche quando (n° 4) " *sia stato espressamente convenuto, ovvero risulti dalla specie* " *del duello, o dalla distanza fra i combattenti, o dalle altre*

---

(1) V. Relazione Zanardelli, citata, § 112, pag. 378, 383, 385.

“ *condizioni stabilite, che uno dei duellanti dovesse rimanere* “ *ucciso* „. Ecco perchè abbiamo avvertito ora che la circostanza dell'essere l'omicidio avvenuto in duello lascia *impregiudicata*, in diritto e in fatto, la questione della volontarietà o meno dell'omicidio stesso; il quale potrà effettivamente essere giudicato volontario o no, in questa come in altre circostanze, a seconda delle particolarità dei casi (1).

66 bis. Quanto fu esposto fin qui, concerne l'ipotesi di una condanna penale già *pronunciata* al tempo in cui l'autore del reato vorrebbe unirsi in matrimonio al coniuge superstite.

Però un ostacolo alla celebrazione del matrimonio può derivare anche dall'essere soltanto iniziato allora il *procedimento* penale; disponendo l'art. 62 § 2 che “ se fu soltanto *pronunziata la sentenza di accusa*, ovvero *ordinata* “ *la cattura*, si sospenderà il matrimonio sino a che il giu- “ dizio sia terminato „.

Così avremo in questo frattempo un impedimento *impediente*, la trasgressione del quale, per sè sola, farebbe luogo all'applicazione delle sanzioni penali stabilite dall'articolo 124. La nullità o validità del matrimonio così contratto dipenderà poi dall'esito del giudizio penale; poichè la sospensione medesima del matrimonio, ordinata qui dalla legge, implica e dimostra che la successiva condanna penale può avere effetto retroattivo sul matrimonio che abusivamente venisse contratto.

Ben diverso però sarebbe il caso, se nel tempo del matrimonio non fosse neppure pronunziata la sentenza di accusa od ordinata la cattura, e solo dopo la celebrazione di esso intervenisse il giudizio penale e la condanna. Allora, malgrado la somiglianza di ragione, il testo dell'art. 62 § 1

---

(1) Ci sembra perciò che la difficoltà di tale questione sia stata esagerata dal PACIFICI-MAZZONI e dal BORSARI (ll. sopra citati).

si opporrebbe a colpire di nullità il matrimonio, per effetto di quel procedimento successivo (1).

G — Competenza dell'ufficiale celebrante e presenza dei testimoni all'atto del matrimonio.

SOMMARIO. — 67. Rinvio.

67. Anche la competenza dell'ufficiale di stato civile per ministero del quale il matrimonio deve essere celebrato, e la presenza dei testimoni voluti dalla legge, costituiscono una condizione (di forma) necessaria per la *validità legale* del matrimonio, e garantita colla sanzione della nullità *assoluta* (V. sopra, n. 44). Senonchè, come fu avvertito in altra occasione, questo elemento di validità del matrimonio non costituisce soltanto uno dei requisiti necessari *per contrarlo;* ma per la stessa sua indole e per la funzione sua, rientra veramente nella *celebrazione* del matrimonio, cioè nella formazione stessa, nella costituzione legale del vincolo coniugale. È adunque nel capo proprio a questa fase definitiva in cui sorge il matrimonio, che dovremo occuparci delle norme speciali riguardanti le qualità richieste nell'ufficiale celebrante e nei testimoni che devono assistere all'atto; bastandoci qui di ricordare che anche i precetti di legge a ciò relativi fanno luogo, in caso di inosservanza, alla nullità assoluta del matrimonio, secondo l'art. 104, codice civile.

Così non resta ora che di passare alla seconda categoria delle condizioni richieste per la validità del matrimonio (impedimenti *dirimenti*), a quelle cioè che, mancando, fanno luogo ad una nullità soltanto *relativa*, deducibile non da ogni interessato, ma solo da certe persone determinate dalla legge stessa.

---

(1) Cf. PACIFICI-MAZZONI, *Istituz.* (2ª Edizione), II, 119 in f.

§ II. — *Condizioni richieste a pena di nullità* relativa (1).

A — Validità e vizii del consenso.

Sommario. — 68. Richiamo dei principii relativi al valore del consenso nel matrimonio. — 69. Differenze fra i contratti ordinari e il matrimonio, in ordine ai vizii del consenso — perchè non sia nell' art. 105 annoverato il *dolo*. — 70. Della *violenza* — suoi caratteri e norme — ratto? — seduzione? — 71. Dell'*errore* — controversia sul significato della dizione *errore nella persona*. — 72. Continuazione. — 73. Continuazione. — 74. L'errore sulla *identità fisica* produce la *inesistenza giuridica* del matrimonio, e non è compreso nei termini dell'art. 105.

68. Dopo le teorie che abbiamo altra volta sviluppate e richiamate, circa i requisiti necessari per la formazione o la validità degli atti giuridici, e circa la *inesistenza* o la *annullabilità* che deriva dalla loro mancanza, sarebbe inutile il tornare ora a dimostrare come quelle teorie trovino applicazione anche in ordine al *consenso*, come elemento necessario insieme per la essenza e per la validità del matrimonio.

Vedemmo come la distinzione generale fra atti *inesistenti* o atti *nulli* o *annullabili* abbia la sua miglior riprova appunto nel tema delle condizioni richieste pel matrimonio (2). Vedemmo pure come, costituendosi il matrimonio mediante una associazione volontaria dell'uomo e della donna, il consenso debba considerarsi come uno degli elementi *essenziali* o costitutivi di esso; talchè sarebbe non solo annullabile, ma insussistente in diritto il matrimonio, ove il consenso delle parti *assolutamente mancasse*; come avverrebbe quando una delle parti non avesse l'uso naturale della ragione, o per età, o per vizio di mente, o per ebbrezza completa; oppure quando, essendosi falsamente redatto l'atto di matrimonio, una delle parti neppur fosse comparsa, o comparendo, avesse rifiutato il consenso; oppure

---

(1) Cf. sopra, n. 44 in fine.
(2) V. sopra, n. 33, pag. 111.

quando fosse avvenuta una sostituzione di persona diversa da quella con cui intendevasi contrarre matrimonio (1).

È chiaro però che non è in questo aspetto che ora dovremmo occuparci del consenso, come condizione di *validità* del matrimonio. Qui supponiamo un matrimonio almeno sussistente in diritto, e solo studiamo le cause che possono renderlo *imperfetto* e soggetto anzi ad una azione di nullità *relativa*.

Dovremo quindi occuparci soltanto dei *vizi* del consenso, escludendo naturalmente l'ipotesi in cui esso manchi affatto.

Se fosse altrimenti, se si trattasse di mancanza assoluta del consenso, e quindi d'inesistenza giuridica del matrimonio, non ne vedremmo fatta menzione espressa nel codice, giacchè sappiamo che esso, limitandosi ad occuparsi delle cause di *annullabilità*, ha abbandonato totalmente ai soli principii generali di diritto le cause di *inesistenza giuridica* del matrimonio (2).

All'opposto nell'articolo 105 si sono regolate espressamente le cause di nullità relativa del matrimonio, dipendenti dai vizi del consenso; si è detto che se *il consenso* di uno degli sposi *non sia stato libero*, o sia *viziato da errore nella persona*, il matrimonio potrà essere impugnato *da colui* del quale il consenso sia stato per tali cause imperfetto; si è aggiunto nell'articolo 106 che però *l'azione di nullità non sarà più ammissibile* quando siavi stata coabitazione continuata per un mese *dopo che lo sposo ha riacquistata la sua piena libertà* o conosciuto l'errore. E con queste stesse disposizioni si è dimostrato in tutta l'evidenza possibile di supporre un consenso, imperfetto sì, ma non mancante assolutamente; imperocchè sarebbe impossibile concepire che difettasse di libertà un consenso che non fosse stato punto prestato, che fosse *impugnabile* da una sola

(1) V. sopra, n. 40.
(2) V. sopra, n. 33.

persona, o che si *convalidasse* per la coabitazione durante certo tempo un matrimonio che per mancanza assoluta di consenso *non avesse mai avuto nessuna esistenza giuridica.*

Dobbiamo dire adunque che i vizi del consenso, i quali rendono annullabile il matrimonio, suppongono sempre la esistenza giuridica di esso; e che le regole scritte nell'articolo 105 del codice civile, relativamente a que' vizi, non potranno mai essere applicabili a casi nei quali sia forza ritenere che manchi assolutamente il consenso delle parti.

Però, per quanto sicuro e incontrastabile sia, per noi, questo principio, esso fu impugnato direttamente da non pochi dei più recenti scrittori, i quali non esitano a professare la dottrina: che la nullità *relativa* disciplinata nell'art. 105 comprenda (almeno in rapporto all'errore), l'ipotesi della *mancanza* non meno che quella del *vizio* di consenso. Ci riserbiamo però di mostrare fra breve come sia questo un tentativo incompatibile colla logica del diritto, e con quegli stessi interessi morali e sociali che si crede così di salvaguardare.

69. Nei contratti comuni i vizi che infirmano il consenso e rendono annullabile il contratto, sono l'errore, la violenza e il dolo (art. 1108, codice civile).

Pel matrimonio invece, la disposizione speciale dell'articolo 105 porta che " il matrimonio può essere impugnato " da quello degli sposi del quale *non sia stato libero il con-* " *senso.* Quando vi fu *errore nella persona*, l'azione di nul- " lità può essere promossa da quello degli sposi che fu " indotto in errore ".

Così del solo errore vediamo fatta menzione in termini precisi. La *violenza* viene compresa in una espressione che potrebbesi prendere come più estesa. Del *dolo* nessuna parola.

Innanzi tutto si comprende come la legge abbia creduto prudente di porre regole speciali circa i vizi del consenso, che valgono ad annullare il matrimonio, anzichè rimettersi,

con un rinvio puro e semplice, alle regole dei contratti ordinari. L'importanza speciale dell'atto, l'interesse pubblico quindi di mantenere possibilmente la stabilità dei matrimoni, di proteggerli contro la mobilità delle passioni, sono ragioni più che sufficienti a giustificare la presenza di questo articolo, senza che possa considerarsi come una mera ripetizione di concetti altrove stabiliti.

Intanto restano due dubbi di carattere preliminare: se la legge parlando di consenso *non libero* abbia inteso di allargare il concetto comune della *violenza*, includendovi i fatti del rapimento e della seduzione: se il *dolo* possa essere addotto come causa di nullità, in tema di matrimonio.

Sul primo dubbio daremo spiegazione nel numero seguente, esponendo le norme proprie al vizio della violenza. Quanto al *dolo*, è opinione generale che esso non produca, distintamente dall'errore, l'effetto della nullità relativa del matrimonio (1). E sembra anche a noi perfettamente fondata questa dottrina; sebbene sia stata vivamente combattuta da un commentatore nostro (2).

Di fronte al testo, innanzitutto, è innegabile che la dizione dell'art. 105 non comprende la figura del *dolo*, di fianco a quella dell'errore e della violenza; mentre poi, trattandosi di una espressione così notoria ed usitata, non può supporsi che la ommissione di essa sia casuale soltanto, cioè sia effetto di una mera dimenticanza o svista; tanto meno supponibile da parte del legislatore italiano, che aveva sott'occhio la interpretazione, escludente il dolo, data già dagli interpreti all'art. 180 del codice Francese, concepito in termini identici al nostro art. 105. Nè sembra accettabile la contraria osservazione del Borsari (loc. cit.), che il dolo possa rientrare nella dizione contenuta nella prima

---

(1) Aubry e Rau, V, § 462; Marcadé, t. I, art. 180, n. 639; Demolombe, III, 255; Laurent, II, 289; Pacifici-Mazzoni, *Istituz.* (2ª Edizione), II, 107; Ricci, *Dir. civ.*, I, 154; De-Filippis, op. cit., IX, 83; Buniva, op. cit., I, pag. 147.

(2) Borsari, *Comm. cod. civ.*, t. I, art. 105, § 278.

parte dell'art. 105, di consenso *non libero* al matrimonio. In realtà, l'inganno e i raggiri usati per indurre una parte a consentire offendono non la *libertà* ma la *intelligenza* del consenziente, non essendo il dolo che un mezzo ed una causa speciale per cui una delle parti viene indotta *in errore*. Ciò dunque basterebbe per ritenere che dal dolo non avesse a derivare l'effetto della nullità; perchè versiamo qui in materia eccezionale e perciò di stretta interpretazione, nella quale non può esser lecito uscire dai termini testuali della legge: nè potrebbe esercitare alcuna influenza in contrario la disposizione generale, che pei contratti comuni pone il dolo tra le cause di nullità.

Ma, oltre a questa, vi sono altre ragioni, che dimostrano perfettamente razionale anche in teoria questa massima risultante dal testo della legge.

Il dolo consiste nei raggiri frodolenti praticati da una delle parti per indurre l'altra, ingannandola, a formare contratto, al quale senza di quei raggiri non sarebbesi determinata (art. 1115, codice civile). Il risultato del dolo deve dunque essere (come notavasi) d'indurre l'altra parte in errore, e per mezzo di questo errore determinarla al contratto. Se l'errore derivato dai raggiri usati dall'uno dei contraenti a danno dell'altro sia tale che per sè basti a produrre la nullità del contratto (art. 1109, 1110, cod. civ.), non v'è bisogno di ricercare la causa della nullità nel dolo. Ma l'errore che non produrrebbe per sè la nullità del contratto, la produce tuttavia se fu effetto del dolo dell'altra parte, in virtù dell'obbligo che incombe a chiunque col fatto proprio abbia arrecato danno ad altri, di risarcire quel danno (art. 1151, cod. civ.); e perchè nessun mezzo migliore e più diretto vi ha di risarcire il danno che si è arrecato ad altri, inducendolo frodolentemente ad un contratto dannoso, che rimettere le cose nello stato di prima, annullando quanto si è fatto.

Tale almeno è la spiegazione comunemente accettata sul carattere e sulla funzione del dolo, di fianco all'errore,

di cui esso apparisce come una causa speciale ed aggravante. Però è da ricordare che questa spiegazione (già fornita dal *Pothier*) parve ad alcuni moderni insufficiente. Ma se non erriamo gli stessi dubbi ora sollevati sopra il significato e il valore del dolo, dimostrano sempre più che in ogni modo esso non può trovare applicazione in tema di matrimonio. Fu osservato infatti che, a termini dell'art. 1115, il dolo vizia il consenso solo quando i raggiri usati siano stati tali che la parte " *senza di essi non avrebbe* " *contrattato* ". Ciò, si disse, implica che anche l'errore prodotto da raggiri dolosi deve essere stato *causa determinante il consenso* della parte ingannata. E ciò quindi viene a coincidere, in ultimo risultato, col requisito voluto per l'errore ordinario e comune, che pure deve essere *sostanziale* (art. 1110), cioè tale che senza di esso la parte non avrebbe consentito al contratto. Quindi è che alcuni ne conclusero senz'altro che il dolo viene in ultimo a confondersi coll'errore, ossia costituisce una superfetazione (come suol dirsi), anzichè rappresentare un vizio di consenso distinto dall'errore stesso; mentre invece altri trovano, ciononostante, al dolo un campo di applicazione suo proprio e speciale, nel caso almeno che si tratti di errore sui *motivi interni* e personali del contraente; errore che non basta ad impugnare il contratto, ove sia un errore semplice o casuale, mentre basterà all'opposto se sia stato determinato da manovre fraudolenti dell'altra parte (1).

Ora, noi diciamo, qualunque di queste tre soluzioni si voglia ritenere preferibile, circa la nozione e l'ufficio speciale del dolo in confronto all'errore, la conseguenza, pel tema nostro, sarà sempre e necessariamente la medesima; cioè che, come vizio di consenso al matrimonio (a parte la violenza, di cui diremo poi), può essere considerato l'errore per sè stesso, con quei caratteri particolari che la

(1) Cf. in vario senso: DEMOLOMBE, XXIV, 181; LAURENT, XV, 522-524; GIORGI, *Teoria delle obbligaz.* (2ª Edizione), IV, 92.

legge richiede; mentre il dolo, distintamente dall'errore, non può trovare opportunità di applicazione, sia perchè le circostanze e le ragioni speciali a cui esso va collegato, sono riferibili per loro natura ai contratti di ordine e di interesse puramente *pecuniario*, sia d'altra parte perchè l'attribuire al dolo, separatamente dall'errore, un'importanza sua propria, diversa da quella dell'errore, come causa di nullità del matrimonio, incontrerebbe quasi sempre le più gravi difficoltà nelle prove e nelle valutazioni dei fatti molteplici e delicati che dovrebbero addursi come elementi costitutivi del dolo.

Così sembra dunque accertato che la *violenza* e l'*errore* sono le sole due cause che la legge riconosca come capaci di annullare il consenso al matrimonio, e produrne quindi la nullità.

Dell'una e dell'altro ci occuperemo separatamente nei seguenti numeri; notando però fin d'ora, che dove nel presente titolo del matrimonio non sono su questi argomenti date disposizioni speciali dal Codice, devesi intendere necessariamente ch'esso si riferisca alle regole comuni dei contratti. Così, limitandosi qui la legge a riconoscere che la violenza è una delle cause le quali, rendendo imperfetto il consenso, fanno luogo a nullità relativa del matrimonio, senza determinare poi gli estremi necessari a costituire la violenza medesima, senza dire se basti che sia usata anche da una terza persona, se basti che il male minacciato riguardi i genitori, ascendenti o discendenti dell'altro contraente, se basti il timore riverenziale, dovremo ritenere applicabili in queste specialità le regole comuni, che si veggono stabilite per tutti i contratti in generale negli articoli 1111 al 1114 del codice civile. La contraria proposizione del *Laurent* (1) — che dalla diversa natura del matrimonio, in confronto ai contratti comuni, deduce la inapplicabilità al primo delle norme generali sulla violenza,

---

(1) Laurent, II, 303.

sancite nei citati articoli — dipende a veder nostro da un equivoco; poichè le norme predette non sono fondate sopra motivi particolari allo scopo pecuniario dei contratti in genere; bensì sopra ragioni d'indole generale, e principalmente di carattere psicologico.

70. La violenza è, per le cose dette nel numero precedente, la prima delle cause le quali, rendendo imperfetto il consenso aprono l'adito all'annullabilità del matrimonio. Nè ciò devesi intendere della sola *violenza fisica*, la quale è di sua natura assolutamente e completamente distruttiva d'ogni concorso della volontà, ma eziandio della *violenza morale*, consistente nella minaccia di un male notabile, per evitare il quale la parte siasi indotta a prestare il consenso. Evidentemente quest'ultima specie di violenza (che è poi la sola possibile in fatto a verificarsi, circa il consenso pel matrimonio) non si oppone direttamente a qualunque concorso della volontà. Al contrario, la persona che subisce la violenza morale, scegliendo il minore dei due mali tra cui si trova posta, fa pure un atto di volontà; perchè — *qui mavult, vult* — ond'è che — *coacta voluntas tamen voluntas est.* Ma quell'atto non è libero, giacchè la persona è posta fra due alternative ugualmente contrarie al proprio volere; epperò la scelta da essa fatta non potrebbesi mai considerare come il risultato del libero suo consentimento.

Gli estremi necessari per costituire una violenza, tale da render nullo il consenso, dovranno essere determinati seguendo i principii generali tracciati negli articoli 1111 al 1114 del Codice civile (1).

Così la minaccia dovrà essere stata di tale natura da incutere ragionevole timore di esporre sè stesso o le proprie sostanze ad un male notabile, e da fare impressione sopra una persona sensata, avendo però riguardo al sesso, all'età ed alle altre condizioni della persona che subì la violenza

---

(1) V. n. precedente in fine.

(art. 1112, cod. civile). — Il solo *timore riverenziale*, come quello di dispiacere ad un padre d'indole subitanea e violenta, non basterebbe a far annullare il matrimonio, se una vera violenza non fosse intervenuta (art. 1114, cod. civ.). — Il timore dev'essere *presente*, cioè di un male che si avrebbe a subire immediatamente od in tempo molto prossimo. Se non fossero state fatte che minaccie vaghe per indurre la persona a consentire al matrimonio, esso non cesserebbe perciò d'essere valido. — La violenza dev'essere *ingiusta*. Se l'autore di un attentato al pudore d'una fanciulla si fosse indotto a sposarla per evitare un procedimento penale che si minacciava di promuovere contro di lui; ciò non lo autorizzerebbe ad allegare la violenza per far annullare il matrimonio contratto. Ma se questi estremi si avverino, poco importerà che la persona colla quale si è congiunto in matrimonio colui che soffrì la violenza abbia o no partecipato agli atti coi quali questa fu consumata (art. 1111, cod. civ.). Nè poi sarà necessario che il male minacciato riguardasse precisamente e direttamente la persona o le sostanze di chi fu indotto a contrarre il matrimonio, ma basterà, anche se diretto a colpire un discendente od ascendente della persona medesima (art. 1113, cod. civ.).

Tutti questi però non sono che principii generali direttivi, nell'applicazione dei quali è aperto un largo campo al potere discrezionale dei magistrati; spettando ad essi il valutare incensurabilmente i fatti che devono prestar fondamento all'applicazione di quelle regole di diritto.

Ed è appunto unicamente in questo senso, e per lasciare ai giudici una giusta latitudine nella valutazione delle circostanze, che l'art. 105 non ha parlato di *violenza*, ma, con più larga espressione, della *non libertà del consenso*.

Così, per esempio, la sentenza non potrebb'essere soggetta a Cassazione, in quanto dichiarasse non essere state abbastanza gravi le minaccie, per somministrare gli elementi d'una vera violenza morale, od al contrario che al timore riverenziale si fossero congiunti fatti tali da costi-

tuire una violenza vera; ma conterrebbe violazione della legge, epperò potrebb'essere impugnata in Cassazione, se stabilisse bastare, in materia di matrimonio, il timore riverenziale per costituire una causa di nullità a termini dell'art. 105 del codice civile. — Sembra questo, in fondo, il pensiero comune di due opinioni, in apparenza opposte, che si sono manifestate; l'una delle quali insegna che le disposizioni della legge intorno alla violenza nei contratti ordinari, " non costituiscono, in materia di matrimonio, " altrettante regole imperative alle quali il giudice sia obbligato, sotto pena di cassazione, di conformare le proprie " decisioni „ (1); e l'altra, che quelle disposizioni " formano " il diritto comune e devono perciò essere applicate ogni " volta che si tratti di decidere una quistione di questo " genere „ (2).

A chiudere questo argomento ci resta ora di dar cenno di due dubbi, che già accennammo con riserva di trattarne (3). Nel concetto della violenza — appunto perchè l'art. 105 la designa colla locuzione di *consenso non libero* — dovranno ritenersi compresi anche i fatti del rapimento e della seduzione?

Riguardo al *ratto*, è noto che il diritto giustinianeo ne formò una causa speciale d'impedimento *perpetuo* al matrimonio fra rapitore e rapita (4). Il diritto canonico corresse questo eccessivo rigore statuendo: " Inter raptorem " et raptam, *quamdiu ipsa in potestate raptoris manserit*, " nullum posse consistere matrimonium „ (5). Così, mentre il diritto romano nel fatto stesso del rapimento trovava una

---

(1) Aubry e Rau, § 462, n. 1, n° 5.
(2) Demolombe, t. III, n. 248.
(3) V. sopra, n. 69 in princ.
(4) L. un., § 1, Cod. *de rap. virg.* " Nec sit facultas raptae virgini vel " viduae vel cuilibet mulieri raptorem suum sibi maritum exposcere..... " quoniam *nullo modo, nulloque tempore* datur..... licentia eis consentire " qui hostili more..... matrimonia student sibi conjungere „.
(5) Van Espen, *Jus ecclesiast.*, pars II, tit. XIII, cap. X; Pothier, *Traité du mariage*, n. 225-227.

ragione di moralità e di ordine pubblico, per escludere in modo assoluto la possibilità del matrimonio, il diritto canonico lo considerava unicamente sotto l'aspetto della influenza e della pressione che esso poteva esercitare sulla libertà del consenso, salvochè presumeva non cessare la possibilità di questa pressione e non essere quindi libero il consenso, finchè la rapita non fosse stata *rilasciata*. Il progetto del codice civile Francese conteneva una disposizione analoga, secondo cui il ratto costituiva impedimento al matrimonio " *à moins que le consentement n'ait été donné* " *par la personne après qu'elle a recouvré sa pleine liberté* ". Disposizione che fu poi abbandonata come inutile, se non anche equivoca, in quanto pareva che si considerasse non come *viziato*, ma come *inesistente* il consenso dato sotto l'influenza del ratto. Come il codice Francese, così anche il nostro è rimasto completamente muto in proposito. E, dietro quei precedenti, il silenzio ha il significato evidente di non annettere nessun significato speciale al fatto del rapimento, come forma o maniera di violenza. Esso costituirà dunque o no una causa di nullità del matrimonio, secondo che sia accertato che *al momento della celebrazione del matrimonio* la persona precedentemente rapita fosse o no libera nella manifestazione del suo consenso (1). In altri termini, il ratto non può valere che come una circostanza pertinente ai *mezzi di prova* della violenza; e pur sotto questo aspetto, esso non potrà nemmeno costituire (di fronte al silenzio della legge nostra) una *presunzione legale* di coazione sul consenso prestato; mentre spetta alla parte che impugna il matrimonio, l'onere di provare in modo preciso e non dubbio che al momento stesso della prestazione del consenso, mancava la libertà di prestarlo; per la quale prova la circostanza del ratto non potrà dunque che costituire un elemento di indizio, da completarsi con altre prove.

---

(1) Aubry e Rau, V, § 462, nª 6; Demolombe, III, 249; Laurent, II, 300; Ricci, *Dir. civ.*, III, 155.

Riguardo poi alla *seduzione*, le opinioni sono divise. Altra volta si ammetteva che gli artifici e le lusinghe con cui venisse indotta una persona a consentire al matrimonio, fossero causa di nullità, sotto il titolo di *ratto di seduzione;* per significare con ciò che la seduzione, sebbene non costituisca vera violenza, riguardavasi però come una specie di ratto, almeno contro la famiglia da cui la persona veniva staccata (*raptus in parentes*) (1). Ora si è cercato di riprodurre, sotto altra forma, questa dottrina, osservando che il testo dell'art. 105 (180, codice Francese), parlando non di *violenza*, ma più largamente di consenso *non libero*, considera per ciò stesso come causa di nullità del matrimonio non la sola coazione, ma in genere ogni influenza altrui *che abbia turbata o impedita la serenità della ragione;* e invocando altresì considerazioni di morale e di ordine pubblico, per giustificare la rottura di matrimoni indegni, conclusi sotto l'impulso e l'acciecamento della passione (2). Però la generalità degli scrittori rimane ferma nel respingere questa dottrina, che applicata logicamente moltiplicherebbe a dismisura le cause di annullamento, contro la stabilità e la serietà del vincolo matrimoniale. È innegabile infatti che il testo medesimo della legge repugna a considerare come *non libero* (in senso giuridico) il consenso prestato senza violenza, e solo influenzato dalle arti della seduzione, le quali (finchè restano tali) agiscono propriamente sulla *conoscenza*, per le vie della persuasione, ma senza pressione sulla *volontà;* mentre poi, come già si è veduto (3), gli stessi raggiri dolosi non possono ammettersi, separatamente dall'errore, come causa d'impugnazione dei matrimoni. E perciò la locuzione " consenso non libero „ non può ritenersi che equivalente a quella di *violenza;* poichè (giusta il linguaggio comune e costante) ciò che si oppone alla *libertà* è null'altro che la *coercizione*, la violenza. Ai pericoli

---

(1) Pothier, *Traité du mariage*, n. 228-230.
(2) Marcadé, t. I, art. 180, n. 628; Borsari, t. I, art. 104, § 278 in fine.
(3) V. sopra, n. 69, pag. 239.

che, in atto di sì grave importanza, possono derivare dall'abuso dell'inesperienza e delle passioni, provvede la legge, richiedendo pei minorenni il consenso degli ascendenti o del consiglio di famiglia; come provvedono, per altra via, anche le formalità preliminari al matrimonio. Chè se trattasi invece di persona maggiore d'età, non è serio concedere che essa insorga contro un matrimonio solennemente contratto, invocando soltanto il ravvedimento della ragione, adducendo cioè soltanto che le arti altrui abbianle offuscata l'intelligenza e impedita la riflessione (1); se, d'altronde (come si suppone), non ne sia provenuto quell'errore di persona che la legge ammette come causa *ex se* di annullamento. È evidente del resto come quella dottrina aprirebbe l'adito non solo ad una serie numerosa di annullamenti, ma ad apprezzamenti delicati, difficili, variabilissimi, e quindi ad arbitrii senza fine. Il che costituirebbe un inconveniente sociale gravissimo; e se mai potesse essere ammesso, non sarebbe che ad una condizione, la quale qui manca affatto, cioè che il testo della legge provasse in modo non dubbio essersi inteso di sanzionare un tale sistema (2).

71. L'*errore*, di cui ora dobbiamo occuparci, può considerarsi come un vizio più grave della stessa violenza; poichè esso esclude la conoscenza vera dell'oggetto su cui cade il consenso, ed infirma così il moto dell'intelligenza, che precede quello della volontà.

S' intende del resto che l'errore va considerato qui *per sè stesso*, nel suo risultato, prescindendo affatto dalle cause che possono averlo determinato. Purchè esso presenti i

---

(1) Se potesse esigersi, come si pretende, la spontaneità assoluta e quasi la freddezza del consenso al matrimonio, si potrebbe arrivare ben più in là; poichè anche un amore onesto può costituire una passione che accieca, e di fronte a cui la riflessione e la libertà (psicologica) resta impotente.

(2) In questo senso, Merlin, *Répert.* v° *Empêchement*, § 4, art. 7; Toullier, I, 511; Duranton, I, 641; Aubry e Rau, V, § 462, n° 3; Demolombe, III, 149; Laurent, II, 302; Ricci, *Dir. civ.*, I, 154; Buniva, op. cit., I, pag. 146-147.

caratteri intrinseci che la legge richiede, rimane indifferente che esso sia stato provocato o no da manovre fraudolenti praticate dall'altra parte o da un terzo (1).

Ma d'altro lato è chiaro che la teoria dell'errore nel matrimonio, per la natura stessa delle cose, per l'indole e l'oggetto speciale di questo contratto, per gli interessi che vi si connettono, rimane diversa e staccata completamente dalla teoria dell'errore rispetto ai contratti comuni. E le distinzioni molteplici che troviamo per l'errore nei contratti in genere mancano qui di possibile applicazione.

Così, innanzi tutto, non vediamo riprodotta nell'art. 105 la contrapposizione, che si legge negli articoli 1109 e 1110, dell'errore *di diritto* all'errore *di fatto*. L'errore di diritto, in realtà, può presentarsi assai raramente in tema di matrimonio. Ma quand'anche, ad esempio, taluno, credendosi vincolato civilmente da una promessa antecedente di matrimonio, per questa sola ed erronea supposizione, od almeno principalmente per essa, si fosse indotto a consentire al matrimonio, non potrebbe impugnarlo allegando l'errore di diritto in cui cadde e che fu esclusivamente o principalmente determinante la sua volontà. L'errore di diritto, infatti, dev'essere considerato dalla legge più sfavorevolmente in confronto dell'errore di fatto; dappoichè, presumendosi che le leggi siano note a tutti, e tutti effettivamente avendo potuto conoscerle o direttamente e per scienza propria, o facendosene dar notizia dagli uomini di legge, è da imputare a negligenza della parte l'errore di diritto; mentre l'errore di fatto è spesso difficile, talvolta impossibile ad evitare. Questo sfavore poi doveva tanto più manifestarsi qui, dove l'errore di diritto si aggirerebbe intorno alle leggi risguardanti l'ordine pubblico, dove l'interesse delle famiglie e della società esigeva che si sostenesse quanto fosse possibile la validità dei matrimoni contratti. Fatto è che, mentre l'articolo 105 contempla

---

(1) Aubry e Rau, § 462, nª 12; Demolombe, III, 252.

espressamente l'errore di fatto come causa di nullità del matrimonio, non parla punto dell'errore di diritto. E ciò deve bastare perchè, in materia eccezionale e di stretta interpretazione, com' è questa delle nullità del matrimonio, non sia lecito aggiungere alla legge ammettendo che anche l'errore di diritto possa essere causa di tali nullità.

Anche limitatamente al solo errore di fatto non mancano però ancora differenze importanti tra i contratti ordinari e questo del matrimonio.

L'oggetto del contratto non è qui distinto dalle persone dei contraenti, per modo che sia possibile considerare separatamente (cfr. art. 1110) l'errore sulla sostanza di ciò che costituisce quell'oggetto, e l'errore sulla persona colla quale s' intendeva di contrattare. Le persone stesse dei contraenti vengono a formare, in qualche modo, l'oggetto del matrimonio, poichè esso consiste essenzialmente nella associazione perpetua, nella comunione indivisibile di esistenza che quelle persone costituiscono fra di loro. Così *l'errore sulla persona* è l'unico che possa essere considerato come causa di nullità del matrimonio. Nè poi è possibile il distinguere, come si fa nei contratti ordinari, *se la considerazione della persona sia stata o no la causa principale della convenzione;* giacchè questo appunto è nella natura delle cose che la considerazione della persona, colla quale si va a formare l'unione maritale, sia sempre la vera causa determinante al contratto.

Tutto ciò pertanto spiega a sufficienza il perchè, nel secondo paragrafo dell'articolo 105, siasi parlato soltanto dell'*errore nella persona;* e dimostra con tutta la certezza che questo solo errore di fatto, non quello di diritto, nè quello che in linea di fatto riguardi tutt'altro che la persona del contraente, è ammesso dalla legge come causa di nullità del matrimonio.

Ma qual cosa precisamente dovrassi intendere sotto questa espressione — *errore nella persona* — che l'art. 105 del codice nostro ha copiata dall'articolo 180, codice Fran-

cese? Sarà *la identità fisica* della persona con cui s'intendeva di contrarre matrimonio? Saranno *le qualità* di essa, naturali o civili? Sarà il complesso di quelle qualità che nel loro insieme costituiscono la *personalità civile?*

È questa in diritto francese, come pel codice nostro, una questione assai grave, che ha dato origine a molte e varie teorie, nè tutte sempre perfettamente sicure e coerenti nelle varie loro parti. Riferiremo in brevi cenni le principali tra le opinioni che manifestaronsi in questo argomento.

1° Pensano alcuni che la disposizione dell'art. 180 § 2 del codice Francese, a cui corrisponde il 105 § 2 del codice nostro, debba applicarsi al solo errore sulla *identità fisica* della persona (1).

2° Altri insegnano non bastare, ad annullare il matrimonio, l'errore sulle qualità fisiche, morali o civili della persona colla quale fu contratto il vincolo coniugale; ma d'altra parte non essere nemmeno alla sola identità fisica della persona che quell'errore possa riferirsi; bastare anche *l'errore sulla persona civile*, che dicono consistere " nella " falsa persuasione d'uno dei coniugi che l'individuo al " quale si univa, e che fisicamente era veramente quello a " cui intendeva congiungersi, rappresentasse nei rapporti " dello stato civile un'altra persona determinata colla quale " aveva l'intenzione di contrarre matrimonio ", purchè tale falsa persuasione sia stata l'unica o principale causa che abbia determinato lo sposo a consentire al matrimonio (2).

3° Altri infine sostengono che quando gli articoli 180, codice Francese e 105, codice Italiano parlano di *errore nella persona*, non possono riferirsi all'*errore sulla identità*

---

(1) Duranton, t. I, ediz. Bruxelles, n. 642 a 651; Laurent, II, 291-297; Ricci, *Dir. civ.*, I, 156-158; De-Filippis, *Corso di dir. civ.*, IX, 86-89; Corte d'app. di Napoli, 10 marzo 1877 (*Fôro ital.*, II, 1, 1360).

(2) Toullier, t. I, n. 521; Delvincourt, t. I, pag. 77, n° 3; Proudhon, Chap. XXII, Sect. IV, § 2, n. 2; Aubry e Rau, § 162, n° 7-11; Pacifici-Mazzoni, *Istituz.* (2ª Edizione), II, 107; Borsari, I, art. 105, § 283.

fisica, poichè in tal caso si avrebbe, non già la semplice *annullabilità* di cui trattasi nei detti articoli, ma *l'inesistenza giuridica* del matrimonio; doversi quindi intendere quella espressione come riferibile unicamente alle *qualità naturali o civili* della persona; o sia poi che si tratti di tutto quel complesso di tali qualità che costituisce lo stato civile della persona, che la fa distinguere dalle altre in società, o si tratti anche di qualità speciali, quando però siano *essenziali*, di tal natura cioè che l'errore intorno ad esse debba parificarsi all'*errore nella persona*, e che il consenso abbia a riputarsi viziato, perchè non sarebbe certamente stato prestato dall'altro sposo se non vi fosse stato determinato da quell'errore (1).

Con questo prospetto, non abbiamo fatto che riportare le conclusioni finali delle diverse dottrine, circa la interpretazione più o meno stretta da darsi alla formula " errore nella persona ". In realtà però il dissidio è anche più grave e complesso di quanto così apparisce, se si guarda alle ulteriori conseguenze giuridiche connesse a quelle soluzioni. Non solo si disputa se sia *ammissibile*, come causa di nullità del matrimonio, l'errore ristretto all'identità fisica, o esteso alla personalità civile, o esteso anche alla qualità della persona; ma si disputa ancora sul *carattere giuridico* della nullità che può sorgere nell'ipotesi dell'errore sulla *identità* della persona: cioè se sia questo un caso di *inesistenza giuridica del matrimonio*, per difetto assoluto di consenso, *non compreso* quindi nel concetto e nelle norme degli

---

(1) Marcadé, art. 180, §§ 3-4-5; t. I, n. 629 e seg.; Demolombe, t. III, n. 251 a 253; Gabba, monografia nel *Giornale delle Leggi*, 1882, n. 26-27; Buniva, op. cit., I, pag. 148; Cassaz. di Palermo, 4 luglio 1883 (*Fôro italiano*, VIII, 1, 1215); Cassaz. di Torino, 31 luglio 1883 (*ivi*, 937); Corte di Torino, 9 maggio 1870 (*Annali*, 1870, 2, 436); Corte di Catania, 19 dicembre 1881 (*Fôro italiano*, VII, 1, 424); Corte di Venezia, 2 ottobre 1889 (*Fôro ital.*, XIV, I, 1127); V. anche la 1ª ediz. di questo *Corso*, II, n. 76, pag. 208 e seguenti.

Non decisa la questione di massima, ma solo quella speciale al caso di gravidanza per fatto altrui, e anzi sotto l'aspetto della *impotenza* della sposa, è dalla Cassaz. di Firenze, 22 maggio 1890 (*Fôro ital.*, XV, 1, 560).

articoli 105, 106, codice civile; o se invece debba, non ostante, riguardarsi pur esso come causa di semplice annullabilità *relativa*, a termini degli stessi articoli.

Ciò stesso ne induce, per rendere più chiara la dimostrazione dell'avviso nostro, ad esaminare separatamente questi due aspetti della questione, limitandoci pel momento a studiare se, di fronte all'art. 105 del codice civile, sia deducibile, come causa di nullità del matrimonio, soltanto l'errore che cada sulla identità della persona; sia che s'intenda (come vogliono alcuni) riferirla alla identità fisica, sia che si intenda riferirla alla personalità civile.

A giudizio nostro, la questione è assai più facile a risolversi nel diritto nostro che non nel diritto Francese. I lavori preparatorii sul codice Italiano offrono qui una guida autorevole e in complesso abbastanza certa, per la interpretazione della formula riprodotta nell'art. 105; senza poi che questa risultanza possa reputarsi in contrasto coi principii generali di diritto, nè con quelle speciali considerazioni di ordine pubblico che presiedono a tutto l'ordinamento legale del matrimonio. Ecco perchè crediamo utile prendere le mosse da questo punto.

Vi sono due brani o meglio due fasi diverse dei lavori preparatori sul codice Italiano, le quali porgono senza dubbio concetti opposti fra loro circa il valore della espressione “ errore nella persona „.

Il progetto ministeriale del codice, art. 102, conteneva una dizione diversa da quella che si legge nell'art. 105 del testo definitivo. Era detto: “ Quando vi fu *errore essenziale* “ nella persona, l'azione di nullità, ecc. „. La commissione senatoria tolse quella parola *essenziale*, motivando così: “ L'addiettivo *essenziale*, che fu probabilmente inserito nel progetto per dissipare le ambiguità e le dubbiezze che taluni pretesero trovare nelle espressioni *errore nella persona*, adoperate nel codice Napoleone, è sembrato alla commissione poter riuscire al risultato contrario, cioè ad accrescere le incertezze; aprendo un nuovo campo a dispu-

tare quale errore sia essenziale e quale non essenziale. Per questa considerazione si è soppressa la parola *essenziale*, coll'intendimento che *il solo errore che cade sulla identità della persona* di uno dei contraenti dia luogo all'annullamento del matrimonio. L'errore *sovra ogni altra qualità, o fisica o morale, o sociale della persona*, non dovrebbe mai costituire un motivo di nullità del matrimonio. È dovere di ogni contraente, massime in un atto di suprema importanza quale è il matrimonio, l'informarsi accuratamente della qualità dell'altro contraente, prima di accostarsi all'atto. Allorchè questo è compiuto e consumato, *troppo pericoloso e sconveniente* sarebbe il permettere che per lo scoprimento di qualsivoglia qualità in uno degli sposi venga provocato l'annullamento del matrimonio „ (1).

All'incontro, la commissione di coordinamento definitivo del codice lasciò nei suoi verbali queste dichiarazioni: " Riguardo all'art. 114 (105 del codice) lo stesso preopinante (Precerutti) osserva che la commissione senatoria ha eliminata la parola *essenziale* che si leggeva nell'articolo 102 del progetto del Governo; *che egli non ha difficoltà di accettare questa soppressione, in quanto che sussiste sempre il concetto che l'errore può cadere tanto sulla identità della persona quanto sulla qualità della medesima*; ma che *non potrebbe poi consentire al motivo* che di questa soppressione ha dato la commissione senatoria, imperocchè questo motivo restringerebbe troppo la portata della disposizione di questo articolo, *limitandola alla sola identità della persona ed escludendo qualunque altro errore essenziale*, quantunque possa viziare il consenso, *il che sarebbe contrario al vero concetto del medesimo articolo ed alla giurisprudenza*. La commissione *approva queste osservazioni* e dichiara di mantenere la soppressione della parola *essenziale, colla cennata spiegazione* „ (2).

---

(1) Relazione Vigliani al Senato, § 65.
(2) Processi verbali, n. VIII, § 3.

Evidentemente in questi due brani dei lavori preparatorii non è questione di oscurità o incertezza di concetti, ma di pura e semplice contraddizione. La commissione senatoria volle restringere la nullità per errore in tema di matrimonio al solo errore *sulla identità* della persona, ritenendo ciò necessario ad ovviare pericoli ed inconvenienti di ordine sociale. La commissione coordinatrice reputò invece che una tale restrizione, che la esclusione dell'errore *sulle qualità* della persona, fosse contraria al vero concetto della legge ed alla giurisprudenza; e dichiarò formalmente di approvare la redazione dell'articolo, coll'intendimento di attribuirgli un significato estensivo e non restrittivo.

È chiaro che solo il confronto del valore comparativo di quelle due dichiarazioni, incompatibili fra loro, potrà stabilire quale delle due abbia prevalenza sull'altra; e debba quindi accettarsi come fonte di interpretazione dell'articolo 105. Ora non può certamente essere negato che la commissione di coordinamento del codice, sia in ragione di tempo, sia per l'ufficio ad essa delegato, aveva *facoltà* (secondo la legge del 2 aprile 1865) di adottare vedute diverse da quelle della commissione senatoria, e di modificare il tenore e il senso dell'articolo in esame. Meno ancora potrebbe essere negato che la commissione coordinatrice ha poi *voluto* realmente introdurre una tale modificazione; poichè le dichiarazioni contenute nel verbale surriferito non potrebbero essere più chiare nè più precise, nel senso che la dizione “ *errore nella persona* „ abbia ad includere l'errore che *cada sopra le qualità essenziali della persona* (1).

Resta solo ad accertare se il proposito, per quanto fermo ed evidente, della commissione coordinatrice sia compatibile col testo definitivo della legge, cioè sia stato effettivamente *tradotto in legge*. Con ciò la ricerca esce dai con-

(1) È dunque inesplicabile l'affermazione del Pacifici-Mazzoni (loc. cit., pag. 128) che: “ Tutto considerato la dichiarazione della Commissione del Senato *ha più valore* di quella della Commissione di coordinamento „.

fini della interpretazione dei lavori preparatorii, per entrare nella interpretazione diretta del testo medesimo della legge. E pure in questo secondo aspetto, la dimostrazione non pare molto difficile. Senza risollevare qui la disputa generale sulla autorità dei lavori preparatorii, dinnanzi al significato testuale di una tale disposizione di legge, ricorderemo solo essere ammesso da tutti che le risultanze dei lavori preparatorii hanno un valore legittimo, non per contrastare, ma per *chiarire* il significato di un testo legislativo, quando cioè non si trovino in opposizione aperta con esso (1).

Ora la formola " *errore nella persona* „ vale, per sè sola, ad escludere perentoriamente l'errore che cada *sulle qualità essenziali* della persona stessa (2)? In realtà, basterebbe il fatto che la identica formula scritta nell'art. 180 del codice Francese potè essere da molti e autorevoli giuristi interpretata appunto in quel senso, per dimostrare che in essa non vi è una repugnanza assoluta ad intenderla per noi in quel senso medesimo che fu dichiarato dalla commissione di coordinamento. Incompatibilità vera fra il proposito della commissione e il testo della legge sarebbevi solo quando l'art. 105 dicesse invece e precisamente " errore *sulla identità* della persona „; formola che poi sarebbe stato abbastanza facile e comodo di sostituire all'altra di " errore *nella persona* „! Dunque il testo della legge, per sè stesso, non conduce di *necessità* alla interpretazione ristrettiva, che da molti si vorrebbe adottare, contro l'intendimento della commissione coordinatrice.

Ciò si conferma anche meglio riflettendo che realmente anche l'errore su certe *qualità* fondamentali può e deve riguardarsi come un errore *nella persona*, perciocchè vi

---

(1) V. il Vol. 1 di questo *Corso*, n. 135, pag. 985; v. anche la nota di F. Bianchi sul diritto di caccia nel fondo altrui (*Fôro ital.*, XIV, 1, 749).

(2) Notisi che anche l'art. 1110 parla di errore *sulla sostanza* della cosa contrattata; mentre tutti convengono che deve intendersi qui considerato l'errore *sulle qualità* sostanziali della cosa.

sono qualità, principalmente di ordine morale, le quali non restano *fuori* della persona, ma ne formano parte integrante; perchè, in altri termini, l'essere umano che chiamiamo *persona* non è costituito nè dal solo organismo fisico, nè dal solo stato civile, ma ben anche dalle sue qualità intrinseche ed essenziali, da quelle cioè che, pel loro valore morale assoluto, caratterizzano la persona e sono quindi costitutive della persona medesima, nel suo concreto modo di essere.

Altri argomenti ancora d'interpretazione testuale soccorrono nel medesimo senso. Senonchè qui bisogna cominciare ad esaminare distintamente, fra le soluzioni contrarie a quella accolta dalla commissione di coordinamento del nostro codice, la dottrina più spinta che vorrebbe restringere la nullità del matrimonio per errore al caso dell'errore sulla identità fisica, e l'altra più temperata che comprenderebbe nel concetto della identità anche la personalità risultante dallo stato civile, ponendo però questo come ultimo limite di concessione.

72. Fu già osservato (dal *Demolombe*) che l'ipotesi dell'errore sulla identità materiale dello sposo è di fatto così eccezionale, da riuscire inverosimile che il legislatore abbia presa, da sola, in considerazione una circostanza più che altro da romanzo e da teatro. Per ritrovarne gli esempi pratici, si è dovuto ricorrere al fatto unico nella storia di Giacobbe che sposò Lia velata, credendola Rachele; si ricorse all'ipotesi di fratelli gemelli così perfettamente rassomiglianti, da potersi scambiare l'uno per l'altro; e gli altri casi possibili in addietro, quando era ammesso il sistema dei matrimoni per procura, sono svaniti di fronte ai codici vigenti, che richiedono la presenza personale degli sposi all'atto della celebrazione. Ma a parte pur ciò, l'articolo 106 del codice, prefiggendo il termine di un mese, dopo la coabitazione continuata dei coniugi, per l'esercizio della azione di nullità, fa decorrere quel termine *dal giorno*

in cui lo sposo abbia scoperto l'errore: concessione che non sarebbe necessaria nè concepibile, ove l'azione di nullità s'intendesse accordata solo per l'errore sulla identità fisica, il quale per natura sua si scopre immediatamente. A questa riflessione credette il *Laurent* di poter rispondere che il termine di un mese è accordato allo sposo ingannatosi, non per dargli agio di scoprire l'errore, ma perchè egli abbia tempo a deliberare sulla convenienza di impugnare o no il matrimonio; che quindi l'art. 106 (181, codice Franc.) nulla ha di comune colla natura dell'errore per cui l'azione di nullità deve ritenersi concessa (1). Ma l'eminente scrittore cade così in un equivoco palese; poichè la spiegazione sua vale per ciò che riguarda la durata del termine, mentre non vale affatto riguardo al punto di decorrenza del termine stesso; il qual punto presuppone innegabilmente che l'errore possa essere di natura tale da durare per tempo più o meno lungo, dopo la celebrazione del matrimonio.

Invano dunque si cercherebbe di sostenere che il solo errore sulla identità fisica della persona sia quello che rientra nei termini della espressione della legge.

Però la più parte degli oppositori, anzichè trincerarsi entro quel concetto così esclusivo, concedono che può viziare il consenso e rendere annullabile il matrimonio anche l'errore che cada sulla *personalità civile* di uno degli sposi, escludendo però sempre quello che concerne soltanto le *qualità* anche essenziali della persona.

Di questa dottrina, assai più corretta e sostenibile della precedente, sono fautori i signori *Aubry* e *Rau*, i quali (difendendola contro la critica che anche l'errore sulla personalità civile si risolve, alla fine, in un errore sulle qualità essenziali) osservano che la personalità civile " è determi-
" nata innanzi tutto dal nome e poi *dall'insieme* delle diverse
" qualità sociali che individualizzano un persona distin-

---

(1) Laurent, II, 294, pag. 384.

“ guendola da tutte le altre del medesimo nome; e la
“ mancanza *di una o di alcune qualità*, anche sociali, falsa-
“ mente attribuite ad un individuo, non basta per dire che
“ questo individuo sia, civilmente parlando, un'altra per-
“ sona „ (1). Così (proseguono gli egregi autori) se un individuo è creduto francese, mentre è straniero, o se è creduto figlio legittimo, mentre è figlio naturale, egli non sarà meno per questo la stessa persona civile con cui si è voluto contrarre matrimonio. All'incontro, se un uomo si è falsamente attribuito *il nome e lo stato* di un'altra persona, od anche un nome ed uno stato immaginario, l'errore in cui fu così indotto l'altro contraente cade non più su tale o tale altra qualità sociale, ma sulla individualità civile medesima, e si avrà allora la sostituzione di una persona *civile* ad un'altra.

Tutto ciò per altro può dimostrare che una differenza non manca fra l'errore che verte sopra singole qualità personali e quello che verte sul complesso delle qualità medesime, da cui risulta lo stato civile di una persona. Però resta a verificare ciò che è più importante, cioè *se a quella differenza astratta corrisponda una diversa ragione di applicazione;* e se, per esempio, l'errore sopra una qualità singola, ma gravissima nel suo valor morale, non possa essere più decisivo pel consenso e più funesto dello stesso errore sul nome e sullo stato civile; sicchè resti non facile a giustificare, all'atto pratico, che si neghi l'annullamento del matrimonio nel primo caso, e si conceda nel secondo.

Senonchè, valutando questa teoria intermedia o di temperamento, non dobbiamo dimenticare che la genesi immediata del nostro art. 105 offre elementi speciali di decidere, diversi da quelli che possono invocarsi di fronte al corrispondente art. 180 del codice Francese. Vedemmo infatti come l'intendimento preciso e sicuro degli autori del codice nostro sia stato quello di includere nella locuzione dell'ar-

---

(1) Aubry e Rau, V, § 462, nª 10.

ticolo 105, a parte l'errore sulla identità della persona, " *qualunque altro errore essenziale* „ che possa viziare il consenso (1). Il che prescinde manifestamente dalla distinzione, propugnata da *Aubry* e *Rau*, fra errore su qualità speciali ed errore sul complesso delle qualità che formano lo stato civile. E anzi, se è vero (come essi ed altri sostengono) che la *identità* della persona deve comprendere non solo la identità nel rapporto fisico, ma anche la identità dello stato civile, riuscirà confermato doppiamente che il nostro legislatore, intendendo incluso nella formola dell'articolo 105 *qualunque altro errore essenziale*, doveva riferirsi con ciò precisamente all'errore su qualità singole (purchè essenziali); poichè l'errore sulla personalità civile sarebbe stato già compreso nell'altro concetto dell'errore sulla identità di persona.

Nè, d'altro lato, potrebbe dirsi che il concetto più ampio degli autori del codice nostro si trovi contraddetto *dal testo effettivo della legge*. Ciò fu posto in chiaro superiormente, senza che occorra qui di ripeterci (2).

73. Rimane così l'ultimo e non meno grave aspetto della questione, cioè la valutazione delle conseguenze morali e sociali che, in materia così importante e delicata, possono derivare dalla applicazione di una massima più o meno rigorosa.

Premettiamo però, ad evitare malintesi di parole, che anche nella dottrina più larga da noi accettata non è negato il concetto che debbasi procedere con criteri rigorosi nel giudicare sulle domande di nullità per errore nel matrimonio. Solamente, mentre colle altre teorie si cerca di porre un criterio esteriore e sensibile, allontanando ogni potere di apprezzamento nei magistrati, con questa si riesce invece ad ammettere la necessità di un tale apprezzamento,

(1) V. sopra, n. 71, pag. 255.
(2) V. sopra, n. 71, pag. 256-257.

senza escludere perciò la possibilità e la necessità di principii direttivi a tale riguardo.

Nonostante, si comprende che un tale risultato sia giudicato come il lato debole di questa soluzione, e come anzi si cerchi trarne partito, esagerandone anche le conseguenze, per sostenerne la inammissibilità. Bisogna circoscrivere (si dice), entro limiti ben determinati, i possibili annullamenti dei matrimoni; bisogna evitare le incertezze e gli arbitrii delle valutazioni particolari; poichè un alto interesse morale e sociale è collegato alla stabilità delle unioni coniugali. In massima astratta, ciò è innegabile. Ma nel concreto bisogna pure, come in molte altre situazioni consimili, *contemperare* questo interesse generale col riguardo dovuto alle ragioni indivivuali. La giustizia e ancora la equità rimarrebbero troppo offese, ammettendo, in vista dell'ordine pubblico, un sacrifizio sproporzionato dei diritti e sentimenti più delicati dell'individuo, imponendogli cioè di conservare un vincolo coniugale indegno o ributtante, mentre il consenso di lui a tale matrimonio sia stato determinato unicamente dall'errore. Gli esempi, già sorti e variamente risolti nella giurisprudenza francese, di matrimoni inscientemente contratti con un uomo uscito dall'ergastolo o con una prostituta, sono per sè abbastanza eloquenti. Più eloquente ancora è il caso deciso favorevolmente dalla Cassazione di Torino colla già citata sentenza del 31 luglio 1883, circa il matrimonio concluso da una signorina italiana con un individuo che si era mostrato cittadino francese, mentre era di sudditanza turca, e poteva quindi destinare la sposa a far parte di un *harem!* In casi come questi il sentimento naturale della giustizia (quando d'altronde esso non sia apertamente contrastato dal testo della legge) si ribella a far prevalere il criterio generico ed elastico dell'interesse sociale, sulla condizione del danno positivo e intollerabile (materiale e morale) che verrebbe imposto al privato, negandogli la facoltà di impugnare un vincolo che si fonda essenzialmente sulla volontà di lui, mentre questa trovasi

infirmata nella sua base, per l'errore fondamentale che determinò il consenso (1). Unica conseguenza da trarne sarà dunque la conferma della verità, ormai generalmente riconosciuta, che in certe circostanze il potere discrezionale del magistrato diventa necessario.

Non per questo, dicemmo, rimane escluso che si possano stabilire principii generali e direttivi. L'errore, per autorizzare l'annullamento del matrimonio, deve essere *essenziale* come dichiarava anche la Commissione di coordinamento), ed inoltre relativo *alla persona* (come vuole il testo). Nella riunione di questi due concetti sta dunque il modo di conciliazione naturale tra la formola scritta nell'art. 105 e le dichiarazioni esplicative date dagli autori del Codice.

Non basterebbe pertanto che l'errore sopra una data qualità personale apparisse, nel fatto, come causa determinante il consenso al matrimonio. È necessario invece che la qualità erroneamente supposta abbia carattere di *grave* importanza, comparativamente al legame che il matrimonio stabilisce fra due esistenze; è necessario altresì che la qualità medesima sia *inerente* all'individuo, e non relativa a circostanze che riguardino bensì la persona, ma siano ad essa estrinseche. Abbiamo incontrato or ora alcuni esempi, tratti dalla giurisprudenza, in cui il concorso di questi due caratteri apparisce per evidenza di cose, più che per via di astratti ragionamenti. Aggiungeremo che, per converso, non potrebbero certamente addursi come causa legittima di annullamento, nè la deficienza della ricchezza supposta in uno degli sposi, nè la mancanza di nobiltà famigliare, nè lo stato di figlio naturale anzichè legittimo, nè infine la scarsità d'ingegno o i difetti di carattere; circostanze le quali o sono estrinseche alla persona, o non presentano una gravità adeguata per la domanda di annullamento.

(1) Vorrà obbiettarsi che per tal guisa si fa rientrare indirettamente, con altro nome e titolo, l'istituto del *divorzio?* Risponderemmo che si può ben volere la indissolubilità di un matrimonio *validamente* contratto; ma che ciò appunto costituisce una ragione di più, per non essere intransigenti nel ritenerne la validità originaria.

Del resto stabilire, per tutti i casi immaginabili, norme assolute ed *a priori*, non è cosa possibile nè necessaria; dovendosi lasciare una sufficiente facoltà di valutazione ai tribunali. In ciò sta veramente la difficoltà del sistema, che pure risulta, come vedemmo, dal codice nostro; mentre poi, per evitare tali difficoltà di applicazione, gli altri sistemi a lor volta conducono a conseguenze non meno gravi, e più repugnanti, perchè di certa ingiustizia.

74. Esaminata la questione di massima generale, resta un quesito subalterno ma importantissimo, a cui fu accennato più sopra (1).

La ipotesi, per quanto rara a verificarsi, dell'errore sulla *identità fisica* della persona, determinerà la *inesistenza giuridica* del matrimonio, per mancanza assoluta di consenso, o farà luogo anch'essa ad una semplice nullità *relativa*, suscettibile anche di sanatoria, a termine degli articoli 105 e 106?

Già nella prima edizione di questo corso (2), aderendo all'insegnamento di *Demolombe* e di *Marcadé*, professammo la dottrina che — a differenza dell'errore sulle qualità essenziali e di quello sulla personalità civile — l'errore sulla identità materiale dello sposo *esclude* (e non vizia soltanto) il consenso; che quindi una tale ipotesi rende non solo *annullabile*, ma giuridicamente *inesistente* il matrimonio; il che dunque ci pone fuori dei termini degli articoli 105 e 106, di guisa che non solo lo sposo indotto in errore, ma *qualunque persona* che vi abbia interesse potrebbe far dichiarare quella inesistenza, senza che nè il decorso del tempo nè altre circostanze potessero *sanare* il vizio di origine di quel matrimonio.

Questa dottrina che ci sembrava, e ci sembra tuttora, discendere chiaramente dai principii generali di diritto

---

(1) N. 71, pag 252.
(2) Vol. II, n. 76, pag. 211-216.

relativi a questa materia, fu però combattuta vivamente dal *Mourlon* e dal *Laurent*, a cui tennero dietro pressochè tutti i trattatisti italiani. Secondo questi autori adunque anche l'errore sulla identità fisica della persona deve produrre, per eccezione ai principii comuni, la nullità *relativa* soltanto del matrimonio; deve ritenersi *compreso* nei termini degli articoli 105 e 106 (180, 181, cod. Francese); e l'azione corrispondente rimarrà inoltre *coperta* ed estinta, dopo il termine di un mese di coabitazione continuata (1).

Le ragioni speciali di questa dottrina (a parte cioè quelle che risulterebbero indirettamente dal ritenere inammissibili altre specie di errore, secondo l'art. 105) sarebbero sostanzialmente due:

1° L'autorità tradizionale del *Pothier*, il quale insegnava bensì che il matrimonio conchiuso con Giovanna, presa in iscambio di Maria, sarebbe *nullo per difetto di consenso;* ma spiegava poi meglio il suo pensiero, dichiarando che: " Se, dopo aver riconosciuto l'errore, io acconsento a prender per moglie Giovanna che avevo preso per Maria, questo consenso *riabilita* il mio matrimonio con questa donna. Così il matrimonio di Giacobbe con Lia fu riabilitato, quando dopo avere riconosciuta questa donna, acconsentì di sposarla. Quantunque sia soltanto dopo la benedizione nuziale che io ho riconosciuto l'errore, pure *la benedizione nuziale che ha preceduto il mio consenso, basta per la pubblicità del mio matrimonio* con Giovanna, quantunque esso non sia stato contratto che in seguito, pel consenso che ho dato dopo scoperto l'errore; *e non è necessario che intervenga una nuova benedizione nuziale* " (2). Dal che risulta che *Pothier* non annetteva grande importanza alla distinzione fra atto inesistente o *nullo* e atto *annullabile;* e in ogni modo, al-

---

(1) Mourlon, *Ripetiz. scritte* (traduz. Puglisi), I, pag. 341 (nota); Laurent, II, 291; Pacifici-Mazzoni, *Istituz.*, loc. cit.; Borsari, *Comm. cod. civ.*, I, art. 106, § 284; Ricci, *Dir. civ.*, loc. cit.; De-Filippis, *Dir. civ.*, IX, 87.

(2) Pothier, *Traité du mariage*, n. 308, 309.

l'errore sulla identità materiale della persona egli attribuiva precisamente l'effetto di rendere il matrimonio *annullabile* (secondo il linguaggio odierno), cioè suscettivo di conferma.

2° D'altro lato è moralmente repugnante ed assurdo che a tale errore si riconosca la forza di rendere il matrimonio *inesistente* in diritto. Un matrimonio inesistente può infatti essere attaccato da qualunque persona ed in qualunque tempo. “ Donc un collatéral viendra demander que “ vôtre mariage soit déclaré inexistant, alors que vous, “ malgré l'erreur qui vous l'a fait contracter, vous vouliez “ le maintenir! Pour quoi ne pas permettre à l'époux qui “ a été dans l'erreur de confirmer son mariage? *Cela n'est* “ *pas juridique, nous le savons, car on ne confirme pas le* “ *néant ..... mais cela est moral, ce qui vaut mieux.* Quoi! “ vous avez épousé Jeanne, croyant épouser Marie; cela “ ne vous empêche pas de cohabiter avec elle pendant des “ années, et après cela vous viendrez dire: Il n'y a point “ de mariage! Telle serait, en effet, la conséquence du “ mariage inexistant „ (1).

Per quanto però questa argomentazione sia tale da impressionare, crediamo per parte nostra si debba rispondere:

1° Che il *Pothier*, pur dichiarando che nel caso di errore sulla identità fisica della persona *non vi ha consenso* e che quindi il matrimonio è *nullo* per mancanza di consenso, ammettesse poi la possibilità di una ratifica o *conferma* del matrimonio stesso, è cosa che non può far meraviglia; poichè ai tempi di Pothier la teoria della inesistenza e annullabilità degli atti non era stato oggetto di una precisa determinazione scientifica, e perfino la terminologia relativa era ancora incerta e confusa. L'autorità di Pothier, per quanto grande, non può dunque ritenersi decisiva nel punto speciale che ci occupa, e pel quale bisogna pronunciarsi apertamente sulla applicazione o meno dei principii

---

(1) Laurent, loc. cit. — e dietro lui gli altri scrittori nostri.

fondamentali di quella teoria, che la dottrina odierna riconosce generalmente, e che lo stesso *Laurent* ammette, invocandone però una *eccezione* per questa particolare materia. La quale eccezione poi (si noti) consisterebbe non già nel ritenere estranea all'istituto del matrimonio in generale la distinzione stessa fra cause d'inesistenza e cause di annullabilità, ma nel ritenere invece che l'ipotesi del matrimonio viziato per errore sulla identità della persona, pur dovendo riguardarsi, secondo i principii, come caso d'inesistenza giuridica, debba essere trattata praticamente come un caso di semplice annullabilità o nullità relativa e sanabile.

2° Le ragioni di moralità e convenienza, che dovrebbero giustificare la predetta eccezione, sono invocate fuori di proposito, in quanto che, se fossero attendibili, condurrebbero logicamente ad *estendere* quella medesima soluzione dal caso di consenso viziato per iscambio di una persona coll'altra, *a tutti i casi* indistintamente *di mancanza effettiva* di consenso all'atto del matrimonio; sconvolgendo così e contraddicendo i principii fondamentali della materia, principii che lo stesso Laurent aveva poco prima (n. 272) riconosciuti come evidenti e incontrastabili, insegnando che senza il consenso delle parti il matrimonio non è concepibile. Il punto vero e semplice della questione è infatti questo: il consenso delle parti deve intervenire *all'atto della celebrazione del matrimonio*, o può esser dato anche posteriormente, riconnettendosi poi con effetto retroattivo alla celebrazione anteriore in cui il consenso stesso è mancato? *Pothier*, *Laurent* e gli scrittori nostri rispondono affermativamente, però senza dimostrarlo. E in verità la dimostrazione sarebbe tutt'altro che facile.

Se la prestazione del consenso è un elemento *costitutivo* del matrimonio (ciò che nessuno può negare), è ben chiaro che il matrimonio comincierà a sussistere solo *dal momento* in cui il consenso è intervenuto. Senza la prestazione del consenso e prima di essa, la celebrazione anteriore era, da sola, insufficiente a far sorgere il *matrimonio*; e quello che

apparisca tale non è che un'unione di fatto, a cui manca *uno* dei requisiti indispensabili a dargli vita giuridica. Così dunque il matrimonio che non è sorto e non potè sorgere quando fu apparentemente celebrato, sorgerebbe in realtà appresso, sorgerebbe per effetto di un consenso dato *in forma privata*. Riallacciare, come si pretende, questi due atti attraverso al tempo, per dare al consenso posteriore un effetto retroattivo (confermativo) sino al giorno della apparente celebrazione, è realmente impossibile; poichè quella celebrazione, scompagnata dal consenso effettivo, è per sè stessa nulla e come non avvenuta; mentre a sua volta il consenso posteriore non è legalmente efficace se non rivestito delle forme della celebrazione. Ecco il portato inevitabile dei principii più elementari.

Ma si oppongono ragioni di moralità e di convenienza. Si dice che anche quando l'errore sulla persona sia tale da *escludere* il consenso, il solo coniuge indotto in errore deve essere arbitro della sorte di quel matrimonio; e non è tollerabile che terze persone vengano, suo malgrado, ad attaccarlo, sotto pretesto d'inesistenza. Si dice che rispetto allo sposo medesimo, sarebbe turpe permettergli di impugnare quel matrimonio, dopo che egli, scoperto l'errore, abbia convissuto parecchi anni come coniuge con quella persona, allegando che la inesistenza del matrimonio è vizio irreparabile. Ma se questi apprezzamenti fossero esatti, quanto sono atti a fare effetto, perchè non si dirà altrettanto anche nel caso che il consenso sia mancato all'atto della celebrazione per altre cause, diverse da quella dell'errore sull'identità fisica della persona? Se un individuo all'atto della celebrazione si trovava pazzo (senza essere interdetto) o versava in istato di piena ebbrezza, perchè non direte ugualmente che la coabitazione posteriore sana il vizio originale di quest'atto, e converte in matrimonio legittimo quello che in realtà non è se non un concubinato?

Errava adunque veramente il *Pothier*, quando diceva che la benedizione nuziale precedente il consenso *basta per la*

pubblicità del matrimonio. Essa non basta invece, perchè non è la proclamazione dell'ufficiale celebrante, da sola, nè il consenso delle parti, da solo, che dà vita al matrimonio, ma solo la esistenza e la concomitanza di questi due elementi, l'uno e l'altro del pari indispensabili. E al *Laurent* che domanda " perchè non si permetterà allo sposo che " versò in un errore escludente il consenso di confer- " mare il suo matrimonio? ", si risponde facilmente che quell'individuo non può confermare un matrimonio che non ha mai cominciato ad esistere, e per rendere morale la sua posizione ha un altro mezzo, quello di devenire ad una *nuova* celebrazione di matrimonio, che sarà il matrimonio vero, *e i cui effetti si spiegheranno soltanto in base a questa seconda celebrazione*.

3° Guardando finalmente al testo dell'art. 105, codice civile, vero è che questo parla genericamente di errore *nella persona*, e sembra così comprendere ogni specie di errore relativo alla persona, cioè oltre l'errore sulle *qualità essenziali* (come sopra abbiamo sostenuto), anche l'errore sulla *personalità civile*, e quello pure sulla *identità fisica*. Ma appunto, questo testo potrebbe riguardarsi decisivo per la questione ora in esame, solo quando fosse dimostrato che esso può applicarsi *soltanto* all'errore sulla identità materiale della persona; chè allora bisognerebbe di necessità convenire essere considerato questo come un caso di nullità relativa e non di inesistenza di matrimonio. Ma questa ristrettissima interpretazione dell'art. 105 vedemmo già essere assolutamente insostenibile (1), ed è infatti abbandonata dai più. Contestabile è invece soltanto se esso debba applicarsi unicamente all'errore sulla *personalità civile*, o non anche a quello sulle *qualità essenziali* della persona. E ciò stante si comprende come, in caso almeno di dubbio, il testo degli art. 105 e 106 debba essere interpretato piuttosto in senso conforme che non in senso contrario

---

(1) V. sopra, n. 71, 72.

ai principii fondamentali di diritto, principii che già vedemmo manifestamente accolti dal nostro legislatore (1), e secondo i quali il matrimonio *inesistente*, per mancanza assoluta di uno degli elementi indispensabili a costituirlo, non può, a differenza del matrimonio annullabile, fare luogo a limitazione alcuna circa le persone che possono attaccarlo, nè può essere oggetto di conferma veramente tale. Ora tale è precisamente il caso del matrimonio in cui, per errore sulla identità fisica della persona, il consenso non è soltanto viziato, ma addirittura mancante, perchè *non si è riferito* realmente alla persona a cui apparentemente era diretto; mentrechè nel caso di errore sulla personalità civile, o più ancora sulle qualità essenziali della persona, il consenso fu veramente dato per quel determinato individuo, e solo si trova viziato, perchè mosso dalla falsa persuasione che quella persona rivestisse uno stato civile o qualità individuali che non le spettavano. Dunque il testo medesimo degli articoli 105 e 106, applicabile logicamente per questi due ultimi casi, non può esserlo per l'altro dell'errore sulla identità materiale della persona; nella quale ipotesi il matrimonio non può riguardarsi che come inesistente in diritto, per tutti gli effetti propri agli atti di questa natura.

B — Della impotenza

Sommario. — 75. Fondamento dell'art. 107. — Come sia presupposta la *ignoranza* della impotenza. — 76. Caratteri in essa necessari, per lo annullamento del matrimonio — *a*) impotenza *manifesta*, e questioni relative — *b*) impotenza *perpetua* — *c*) impotenza *anteriore* al matrimonio. — 77. Mezzi di prova ammissibili — perizia — confessione — onere della prova.

75. Alla teoria dell'errore nella persona si lega intimamente la causa di nullità relativa, che l'art. 107 del codice civile fa derivare dalla *impotenza* d'uno dei coniugi,

---

(1) V. sopra, n. 33, pag. 114 e seg.

manifesta, perpetua ed anteriore al matrimonio. Questo nesso è facile a dimostrarsi ricorrendo ai principii già svolti in altra parte di questo trattato.

Vedemmo infatti che l'unione dei corpi, necessaria alla procreazione, non è però precisamente ed assolutamente di essenza del matrimonio; perciò non esser posto un limite massimo di età, oltre cui non sia più lecito contrarre matrimonio, quantunque la vecchiezza molto inoltrata porti seco ordinariamente, sopratutto nelle donne, la impotenza a generare. Da ciò deducemmo che non potrebbesi riguardare come giuridicamente inesistente il matrimonio, quantunque contratto da persona la cui impotenza fosse assoluta, manifesta e perpetua per viziosa conformazione o per mutilazione degli organi sessuali (1).

Ma quel matrimonio, sebbene esistente giuridicamente, dovrà almeno considerarsi come annullabile? Questo quesito può essere considerato sotto un duplice aspetto; della incapacità a contrarre matrimonio da parte dell'impotente, o dell'errore da parte dell'altro contraente che all'atto del matrimonio avesse ignorato il vizio organico di cui era affetta la persona colla quale si univa. Nel primo senso potrebbesi allegare che la procreazione della prole essendo pur sempre uno dei fini principali, quantunque non unico, della unione coniugale, fosse necessario per essere capace

---

(1) V. sopra n. 39, pag. 130. — Confessiamo di non comprendere la dottrina propugnata recentemente dal chiar. prof. Chironi (*Questioni di dir. civ.* — Torino, 1890 — pag. 466-474), il quale: 1° sostiene che la capacità a *generare* è un elemento di *essenza* del matrimonio, sicchè la impotenza rende il matrimonio *inesistente* in diritto: 2° riconosce però che la legge, ritenendo sufficiente *alla esistenza* del matrimonio lo scopo della mutua assistenza e del vicendevole perfezionamento, non ha posto come limite a contrarlo l'età avanzata: 3° conclude che la nullità per impotenza concerne *la esistenza stessa* del matrimonio, ma rispetto al suo *esercizio* è limitata *quasi fosse nullità relativa*.

A parte la difficoltà di conciliare tra loro queste proposizioni, sembra possa dedursene soltanto che, secondo la teoria individuale dell'egregio autore, il matrimonio viziato per impotenza sarebbe da riguardare come *inesistente:* ma di fronte alla legge e negli effetti pratici è infetto soltanto di nullità *relativa*. Altrimenti, si avrebbe un matrimonio *inesistente*, che può mantenersi per volontà privata.

al matrimonio avere la potenza a generare. Ma poichè il matrimonio può concepirsi nella sua essenza giuridica, non ostante la impotenza di uno degli sposi, ne segue naturalmente che se l'altro sposo, sciente di tale circostanza, acconsente tuttavia al matrimonio, questo non solo avrà fondamento di esistenza giuridica, ma dovrà considerarsi come perfettamente valido. Esso può essere contratto per togliersi alla tristezza dell'isolamento, per procurarsi quella assistenza, quel soccorso che è pure uno dei più nobili fini di questa comunione di vita che è il matrimonio; può essere contratto talvolta anche per legittimare figli avuti da quelle persone *prima* che si verificasse in una di esse la causa dell'impotenza. Qual ragione vi sarebbe di tenere come annullabile questo matrimonio, quando lo sposo vi avesse acconsentito con piena cognizione della impotenza dell'altro? Resta dunque solo l'errore in cui l'uno degli sposi sia caduto, ignorando l'impotenza dell'altro, che possa dar fondamento all'annullazione del matrimonio.

Secondo il diritto romano, erano incapaci a contrarre matrimonio gli evirati, ma non gli impotenti (*frigidi, spadones*) (1). Il che corrisponde in certo modo al concetto del nostro articolo 107, che ammette solo la impotenza *manifesta* come causa di nullità del matrimonio. Senonchè, nel diritto romano la libertà del divorzio dava altro aspetto a questa norma di diritto.

Il diritto canonico ammise anch'esso la impotenza, come impedimento dirimente al matrimonio; largheggiando anzi circa i mezzi di prova all'uopo necessari (2).

La dottrina Francese, a fronte del silenzio che serbava quel codice intorno al doversi o considerare la impotenza come causa di nullità, era invece concorde in questo, che la impotenza non fosse per se stessa una causa d'impedimento che cagionasse la nullità del matrimonio. Solo apri-

---

(1) L. 39, § 1, Dig. *de jure dot.* (XXIII, 3); Nov. XXII, Cap. 6; Cost. 10, Cod. *de repud.* (V, 17).

(2) Cf. Pothier, *Traité du mariage*, n. 96-98.

vasi una disputa assai viva, che teneva divise le opinioni dei giureconsulti, allorchè domandavasi se la impotenza scoperta in uno degli sposi dopo la celebrazione del matrimonio, desse luogo ad azione in nullità a favore dell'altro, il quale pretendesse rientrare questo caso tra quelli *di errore nella persona*, che per regola generale è causa di nullità relativa.

Eravi chi negava assolutamente l'azione di nullità per questo caso. Il silenzio del codice, le cui disposizioni devono in materia di nullità essere tenute per *tassative;* l'essersi rifiutato anche di ammettere l'impotenza come causa di divorzio; il giusto motivo di evitare processi scandalosi e d'incerto e pericoloso risultato; infine il non essere, secondo questi autori, ammissibile come *errore nella persona* quello che cadesse soltanto sulle *qualità fisiche* o *civili;* erano gli argomenti a sostegno di questa opinione (1).

Gli altri, riputando essere da considerarsi come *errore nella persona* anche quello che riguardasse le *qualità essenziali*, o naturali o civili, della persona stessa, e non potendo non comprendere fra le *qualità fisiche essenziali* questa, dell'attitudine a generare, stabilivano per massima che l'impotenza d'uno degli sposi, ignorata all'atto del matrimonio dall'altro, potesse da questo essere addotta per annullare il matrimonio medesimo per causa di *errore nella persona*.

Ma questa opinione stessa suddividevasi in altre due; poichè alcuni dicevano non potersi allegare l'impotenza *naturale*, ma solamente l'*accidentale*, argomentando da ciò che l'articolo 312 del codice Francese, corrispondente agli articoli 159 e 162 del nostro codice, disponeva per riguardo all'azione in disconoscimento di paternità; dove le sole *cause accidentali* che abbian reso fisicamente impossibile il coabitar colla moglie fanno luogo a quell'azione (2). Altri

---

(1) Dalloz, *Rép. gén.* v° *Mariage;* Aubry e Rau, V, § 464, n. 6; Laurent, II, 298.

(2) Toullier, t. I, n. 525, 526; Duranton, t. I, ed. Brux., n. 655 a 658.

rispondevano che la facoltà di disconoscere il figlio concepito durante il matrimonio poteva giustamente essere negata al marito che venisse ad allegare la propria turpitudine, affermando d'aver contratto matrimonio in uno stato d'impotenza naturale; ma che nulla di simile verificavasi per lo sposo il quale domandasse l'annullazione del matrimonio da lui contratto, per errore, con persona impotente; che non eravi altro motivo di distinguere l'impotenza naturale dall'accidentale, mentre sì nell'uno che nell'altro caso l'errore si riferisce sempre all'assenza della stessa condizione; che d'altronde la difficoltà, l'incertezza, lo scandalo delle prove a farsi, non differiscono tra il caso dell'impotenza naturale e quello dell'impotenza accidentale; che, purchè la causa dell'impotenza sia *esteriore e manifesta*, si avrà la stessa facilità e sicurezza di prove, o si tratti, per esempio, d'un'amputazione che abbia prodotta l'impotenza accidentale, o d'un *vizio apparente di conformazione* da cui derivi l'impotenza naturale. Opinavano pertanto che l'impotenza d'uno degli sposi potesse addursi dall'altro per far annullare *per errore* il matrimonio, purchè la causa ne fosse *esteriore e manifesta*, senza distinguere del resto se fosse *naturale od accidentale* (1).

Il codice Italiano ha sciolta espressamente la questione, dichiarando nell'art. 107 che: " *L'impotenza manifesta e* " *perpetua, quando sia anteriore al matrimonio, può essere* " *proposta come causa di nullità dall'altro coniuge* ".

Non sembra difficile pertanto determinare quale sia il fondamento e l'aspetto giuridico di questa causa di nullità, secondo il nostro codice. Egli è evidente infatti che la legge *non vieta* propriamente il matrimonio con chi sia impotente per anormalità di natura, come non lo vieta rispetto a chi sia impotente per ragione di età; solamente offre il mezzo d'impugnarlo a quel coniuge che si trovi deluso circa le

(1) Merlin, *Rép.* v° *Impuissance*, n. 2; Chardon, *Tr. du Dol.*, t. I, n. 23; Valette sur Proudhon, Chap. 22, Sect. IV, § 2, n. 2; Marcadé, *App. sur les empêchements du mar*, t. I, n. 567; Demolombe, t. III, n. 254.

qualità dell'altro che riguardano i fini più naturali del matrimonio. Ciò stante, i precedenti, ora ricordati, della dottrina francese dimostrano già di per sè che coll'art. 107 si è voluto rispondere a ciò che formava argomento principale di controversia, se cioè la circostanza della impotenza possa rendere annullabile il matrimonio, per vizio di consenso, in quanto ne risulti *errore sulla persona.* E anzi la soluzione adottata dal nostro codice (che esige sia l'impotenza manifesta e perpetua, senza distinguere poi se sia congenita o accidentale) corrisponde in modo abbastanza spiccato alla dottrina propugnata più apertamente dal *Marcadé* e dal *Demolombe*, i quali fondavansi appunto sul concetto del vizio di consenso. È da aggiungere ancora che la disposizione dell'art. 107 continua e completa veramente la serie degli articoli precedenti, nei quali si tratta dell'errore come causa di nullità del matrimonio. E infine il medesimo pensiero risulta confermato in modo anche più sicuro da ciò che la impotenza non vizia il matrimonio in modo assoluto, ma produce una nullità meramente *relativa*, relativa anzi all'*altro* coniuge; il che corrisponde evidentemente alle norme generali concernenti la nullità degli atti e contratti infirmati per l'errore in cui sia caduto uno dei contraenti; mentrechè se il matrimonio si ritenesse viziato sotto l'aspetto della *incapacità* personale del coniuge impotente, avrebbe dovuto concedersi anche a lui (eccettuato solo il caso di mala fede) l'esercizio dell'azione di nullità (1).

Tuttavia, se la nullità ammessa dall'art. 107 trova la sua radice nell'errore sulle qualità essenziali, non cessa per questo d'essere regolata con norme sue proprie e *speciali.* Non si potrebbe dunque confondere senz'altro la massima dell'art. 107 con quella degli art. 105 e 106; ritenendo, ad esempio, che l'azione di nullità per impotenza divenisse

---

(1) Cf. Cass. di Torino, 30 maggio 1886 (*Fôro ital.*, XI, 1, 1050), e 18 aprile 1887 (*ib.*, 1, 609); Corte di Catania, 30 maggio 1887 (*ib.*, XII, 472).

inammissibile, dopo decorso un mese di coabitazione continuata dalla scoperta dell'errore. Su ciò ritorneremo trattando della nullità del matrimonio.

Ma intanto dal principio ora spiegato risulta essere condizione implicita e necessaria (benchè non formulata espressamente), per l'impugnazione del matrimonio a causa di impotenza, che questa sia *ignorata* dall'altro coniuge, all'atto del matrimonio. Se all'opposto questa persona, conoscendo lo stato dell'impotenza dell'altra, ha consentito al matrimonio, accontentandosi degli altri fini e vantaggi della unione coniugale, nulla vi è che faccia ostacolo alla sua piena validità; poichè, come dianzi fu osservato, la disposizione dell'art. 107 non implica menomamente il *divieto* del matrimonio con un impotente. Solamente, il non essere richiesto in modo formale dall'art. 107 la condizione dell'errore dell'un coniuge circa la impotenza dell'altro, avrà per conseguenza che ad esercitare l'azione di nullità basterà la prova del fatto della impotenza (manifesta, perpetua ed anteriore al matrimonio), senza che occorra per di più fornire la prova concreta della *ignoranza* di quella impotenza; ignoranza che si trova presunta implicitamente dall'art. 107, ogni volta che l'impotenza presenti i caratteri da questo articolo richiesti; ma salva sempre la facoltà al convenuto di respingere la domanda di nullità, fornendo egli la prova della *scienza* dell'altro coniuge (1).

76. Scendendo ora ad esaminare le condizioni particolari dell'impotenza, richieste dall'art. 107, e la cui prova (a differenza di ciò che ora si è veduto circa la *ignoranza* della impotenza) sta a carico dell'attore, troviamo essere necessario:

1° che l'impotenza sia *manifesta;*
2° che sia *perpetua;*
3° che sia *anteriore al matrimonio.*

---

(1) Cf. BORSARI, *Comm. cod. civ.*, I, art. 107, § 286; nella cui conclusione concordiamo pienamente, benchè non del tutto nei motivi da lui addotti.

a) Il primo di questi caratteri — giustificato naturalmente dallo scopo di evitare lo scandalo di ricerche offensive al buon costume, ed il pericolo di giudizi troppo facilmente fallaci — ha dato luogo a gravi incertezze nella dottrina e giurisprudenza italiana.

Un punto solo è fuori di contestazione, cioè l'essere indifferente che l'impotenza sia congenita o *accidentale* soltanto. Sia il testo, sia la ragione della legge renderebbero infatti arbitraria una tale distinzione; poichè anche quando la impotenza derivi non da viziosa conformazione originaria, ma da accidenti posteriori, sono perfettamente identici i motivi e l'applicabilità dell'art. 107.

Ben altre difficoltà però si presentano, circa la estensione che debba darsi al concetto di *impotenza manifesta*, posto nell'art. 107. Dovrà intendersi con ciò la sola impotenza detta *strumentale*, o anche quella *funzionale?* La sola impotenza *esterna* o anche quella *interna?* Potrà rientrarvi in ispecie la *sterilità* della donna? E più genericamente, sarà compresa nel testo della legge la sola impotenza alla *unione sessuale*, o anche la impotenza alla *generazione?* — Ecco altrettanti punti su cui discordano gli avvisi degli scrittori e delle Corti nostre. E forse le difficoltà si sono accresciute, per essere stati amalgamati fra loro concetti e criteri di carattere diverso.

A veder nostro, le questioni sostanziali che qui si presentano sono due: se sia ammissibile, come causa di nullità del matrimonio, la sola impotenza detta *strumentale* o anche quella *funzionale;* se sia ammissibile la sola impotenza all'*accoppiamento*, o anche quella alla *procreazione*. Ne terremo parola separatamente; tanto più che, nella disputa sollevatasi in proposito, la risposta data al primo punto rimane indipendente da quella data al secondo; giacchè vi è chi risolve affermativamente l'una domanda, e negativamente l'altra, e chi risolve l'una e l'altra nello stesso senso.

Il dubbio che abbiamo formulato per primo ha un carat-

tere, per così dire, preliminare. Nella opinione che vuole compresa nel concetto dell'articolo 107 così la impotenza strumentale (dipendente dalla viziosa *conformazione* dell'apparato genitale), come la impotenza funzionale (dipendente soltanto da insufficiente *attività* degli organi), si crede poter sollevare quasi una questione di competenza; sostenendosi che il determinare se la impotenza abbia il carattere di *manifesta* è un punto esclusivamente di fatto; che anzi spetta veramente ai periti (salva la valutazione successiva del giudice) il dichiarare se la impotenza sia manifesta, senza che si possano stabilire limiti o criteri alle loro osservazioni e deduzioni scientifiche; in altri termini, impotenza *manifesta* significherebbe nè più nè meno che impotenza *certa*, e basterebbe quindi che i periti e i giudici del fatto abbiano espresso il convincimento che la impotenza sia manifesta, qualunque sia poi la forma o la specie della impotenza, qualunque siano i mezzi e gli argomenti da cui la loro convinzione è dedotta (1). Ora tutto ciò non sembra corrispondere veramente al testo e alla ragione dell'art. 107.

Sostenere che la locuzione " impotenza *manifesta* „ equivalga semplicemente all'altra di " impotenza *accertata* „, è un rendere insignificante ed oziosa la parola della legge, la quale così intesa non aggiungerebbe nulla alle regole comuni sulla prova, per le quali si esige del pari l'accertamento dei fatti dedotti in giudizio. La espressione testuale, per sè medesima, rivela dunque apertamente il proposito di rendere più rigorosa e più sicura la constatazione della impotenza, per l'effetto gravissimo dell'annullamento del matrimonio. E il suo significato concreto non può quindi essere che questo: ottenere la certezza *assoluta* della impotenza, escludendo quella semplice certezza *morale*, di cui bene spesso è indotta ad appagarsi anche la scienza medica. In altri

(1) Cf. principalmente: Bolaffio, nota nel *Fôro ital.*, VII, 1, 1265; Cassazione di Firenze, 28 giugno 1888 (Bettini, 1888, 590); Cass. di Palermo, 9 marzo 1890 (*Fôro ital.*, XV, 1, 1202).

termini, la legge vuole la possibilità della osservazione diretta e materiale, ritenendo insufficienti gli argomenti induttivi o le congetture, per quanto possano inspirare fondato convincimento della esistenza di quello stato. Ciò corrisponde veramente allo scopo della legge, che si è preoccupata, non tanto dello scandalo, quanto delle difficoltà e dei pericoli inerenti alla constatazione della impotenza; dei quali si era già fatta la deplorevole esperienza, sotto l'impero del diritto canonico, e in vista dei quali anzi nel codice Francese si era creduto conveniente astenersi da ogni disposizione legislativa in tema di impotenza.

In definitivo, la locuzione impotenza *manifesta* ha, logicamente e storicamente, il significato preciso di determinare e limitare i *mezzi legali* di constatazione della impotenza, ammettendo, non una certezza qualunque o morale, ma la certezza *assoluta* della sua esistenza. Ora a questi criteri corrisponde appunto la impotenza che si dice *strumentale*, quella cioè che si desume dalla condizione stessa dell'apparato genitale, principalmente dal suo stato anatomico; non già la impotenza *funzionale*, la quale dipende da cause latenti, dalla non attività interna degli organi (nervosità, frigidità, prostrazione, ecc.), e che quindi può essere comprovata non colla osservazione diretta, ma soltanto per via di ragionamenti induttivi (1).

Ma d'altro lato non si deve eccedere nè fraintendere questo concetto, ritenendo che possa qualificarsi come strumentale, e quindi manifesta, la sola impotenza *esterna* o *visibile*. Se la legge richiede, come dicevasi, che lo stato d'impotenza possa comprovarsi colla osservazione diretta e materiale, ciò non significa che il vizio debba esser tale da potersi vedere con occhi e toccare con mano. Non può

---

(1) Cf. Corte di Casale, 16 luglio 1886 (*Fôro ital.*, XI, 1, 1239); Corte di Catania, 30 maggio 1887 (*ib.*, XII, 1, 470); Cass. di Torino, 22 gennaio 1880 (*ib.*, V, 1, 387); stessa Corte, 18 aprile 1887 (*ib.*, XII, 1, 607); Ricci, *Dir. civ.*, I, 165; Pacifici-Mazzoni, *Istituz.* (2ª Edizione), II, 121; Chironi, *Questioni di dir. civ.*, pag. 460-467.

dunque ritenersi proscritto l'impiego degli apparecchi e strumenti di cui la scienza medica dispone, in sussidio ai sensi naturali, e coi quali è dato esaminare materialmente, con pari certezza, le parti interne dell'organismo (1).

Così, su questo primo punto, sembra si possa conchiudere che rientra nel concetto della legge soltanto *la impotenza strumentale, sia poi essa esteriore e visibile od anche interna, purchè suscettibile di osservazione diretta, escluse le congetture o induzioni scientifiche.*

L'altro punto di questione, sopra formulato, presenta difficoltà anche maggiore e non minore importanza. Domandare infatti se valga ad annullare il matrimonio la sola impotenza al congiungimento sessuale o anche quella alla generazione, implica una questione che cade propriamente sul sostantivo stesso della locuzione “ *impotenza* manifesta „ che si legge nell'art. 107. Pure questa seconda questione fu spesso confusa colla precedente (2); e mentre alcuni ritennero ammissibile la sola impotenza strumentale, ma sia poi impotenza all'atto coniugale o impotenza alla procreazione, altri per converso ritennero compresa nell'articolo 107 la sola impotenza all'accoppiamento, ma tanto strumentale, quanto funzionale, ed altri ancora ammisero indistintamente qualunque di quelle quattro forme d'impotenza.

Per parte nostra, risoluta nel senso che ci parve più fondata la prima questione, resta inteso che ora supponiamo trattarsi appunto di impotenza strumentale, cioè *manifesta* (nel senso spiegato), rimanendo solo ad esaminare se, pur rispetto a questa, debba o no farsi una distinzione e limitazione ulteriore, per quanto concerne la impotenza alla procreazione soltanto.

E per quanto andiamo così contro alla opinione oggidì

---

(1) Cf. Chironi, loc. cit.

(2) La separazione delle due questioni venne dilucidata nella citata sentenza, veramente magistrale, della Cassazione di Torino (estens. Agnelli) del 22 gennaio 1880.

prevalente, manifestiamo tosto l'avviso nostro, essere cioè una tale limitazione necessaria, secondo il concetto e lo spirito della legge.

Gli argomenti sostanziali della dottrina contraria, che ritiene compresa nell'art. 107 anche la impotenza a generare, sono due:

1° Il testo della legge richiede che l'impotenza sia (oltre che perpetua e anteriore al matrimonio) *manifesta;* ma non richiede altro. Diventa quindi arbitrario il distinguere fra impotenza all'accoppiamento e impotenza alla generazione; mentre anche quest'ultima può presentare il carattere di *manifesta*, può cioè essere constatabile colla osservazione diretta; ad esempio, quando dipenda (come appunto si ebbe a giudicare in diverse sentenze) da *mancanza dell'utero* nella donna.

Altra è dunque la *sterilità* semplice, che può derivare anche da cause latenti, comprovabili soltanto per mezzo di congetture; ed altra la impotenza a procreare, che però si riveli in modo assoluto per la condizione materiale dell'apparato generativo. Quest'ultima non può non riguardarsi anch'essa come *una specie* della impotenza manifesta.

2° Il fine della procreazione, se non è essenziale al matrimonio, ne costituisce però lo scopo normale e più elevato.

È giustificato quindi che, in ragione della mancanza assoluta di esso, la legge (senza dichiarare il matrimonio nullo in modo assoluto) accordi all'altro coniuge, deluso in una delle più naturali e più importanti speranze del matrimonio, la facoltà di provocarne l'annullamento. Chè anzi, ritenendo il contrario, si verrebbe a snaturare l'indole morale e sociale dell'istituto, assegnandogli come scopo precipuo il materiale soddisfacimento dei sensi, anzichè la procreazione dei figli e la costituzione della famiglia. In altri termini, la *funzione sessuale* (a cui è contraria la impotenza) non può dirsi *compiuta,* se non vi sia almeno la possibilità della fecondazione; e qualora questa possibilità

rimanga esclusa assolutamente, per la mancanza materiale degli elementi necessari a generare, nessuna ragione vi è per ritenere che non si abbia una impotenza rispondente al concetto e ai motivi della legge (1).

Per quanto sieno innegabilmente gravi queste considerazioni, sembrano però a noi prevalenti queste altre: che i precedenti legislativi e i termini stessi dell'art. 107 dimostrano, in complesso, come esso sia dettato con intendimento *restrittivo*, piuttosto che estensivo; che la parola *impotenza*, se può in senso lato abbracciare tanto la inettitudine al congiungimento sessuale, quanto la inettitudine a procreare, nel suo significato comune ed usuale si riferisce alla prima piuttostochè alla seconda; che in effetto la impotenza al rapporto sessuale presenta una gravità materiale e morale assai maggiore della semplice inettitudine a procreare, in quanto che l'appagamento dell'istinto naturale sarà bensì uno scopo meno nobile e meno elevato che non la propagazione della specie, ma costituisce innegabilmente il fine più immediato e più urgente del matrimonio, e fra le ragioni che indussero la legge a concederne l'annullamento per causa di impotenza, primeggia sovratutte (precisamente sotto l'aspetto morale) la considerazione dei pericoli e disordini cui si andrebbe incontro, ove, mantenendo il vincolo legale, si condannasse l'altro coniuge ad una lotta penosa e continua fra l'obbligo della fedeltà e gli stimoli imperiosi della natura; che dunque, trattandosi di matrimonio, può essere presa in considerazione l'attitudine ad essere *marito* o *moglie*, ben più della attitudine alla paternità o maternità, mentre la mancanza della prima imporrebbe all'altro coniuge un danno assai forte, materiale e morale insieme; la mancanza della seconda toglie invece una speranza e una soddisfazione morale

---

(1) V. da ultimo, Cass. di Torino, 30 maggio 1886 (*Fôro ital.*, XI, 1, 1047); stessa Corte, 18 aprile 1887 (*ib.*, XII, 1, 607); Corte di Catania, 30 maggio 1887 (*ib.*, XII, 1, 470); Corte di Casale, 1° febbraio 1888 (*ib.*, XIII, 1, 821); Chironi, op. e loc. cit.

soltanto; che infine, e per ciò stesso, la *sterilità*, anche quando sia *manifesta*, non può essere assimilata od uguagliata alla impotenza vera e propria. — Tutte queste ragioni vengono poi ad essere rafforzate ancora dal riflesso che la dottrina contraria, nelle sue conseguenze, dovrebbe giungere logicamente a concedere l'annullamento del matrimonio, non solo nel caso (su cui ebbe a pronunciarsi la giurisprudenza nostra) della inettitudine alla maternità per anomalie dell'utero, ma pure nel caso di inettitudine alla paternità, che potesse constatarsi colla osservazione diretta, ad esempio, per la mancanza completa di spermatozoi, quand'anche fosse del resto perfetta la idoneità di quell'uomo al compimento dell'atto maritale. Il che ci sembra veramente trascendere le ragioni e il concetto della legge.

Così, attenendoci anche su questo secondo punto, al criterio generale della interpretazione rigorosa, preferiamo la soluzione secondo cui la *impotenza* di cui parla l'art. 104, deve intendersi in rapporto al fine naturale più prossimo del matrimonio, deve cioè essere riferita alla inettitudine per l'atto coniugale, e non a quella ulteriore per la propagazione della specie (1).

b) Il secondo carattere richiesto nella impotenza, cioè che essa sia *perpetua*, non presenta invece difficoltà alcuna.

È chiaro anzitutto che l'addiettivo *perpetua* è usato qui dalla legge in un senso speciale, cioè avendo riguardo al tempo futuro; mentre alla considerazione della impotenza per il passato provvede l'altra espressione dello stesso art. 107, secondo cui è necessario, ma sufficiente, che la impotenza sia *anteriore al matrimonio*. Sarebbe dunque erroneo l'interpretare questa caratteristica della perpetuità, nel senso che l'impotenza debba verificarsi per tutta la vita della persona; e già vedemmo infatti non essere ne-

---

(1) In questo senso, Cass. di Torino, 22 gennaio 1880 (*Fôro ital.*, V, 1, 387); Corte d'app. di Torino, 26 maggio 1886 (*ib.*, XI, 1 1004); Corte di appello di Casale, 16 luglio 1886 (*ib.*, XI, 1, 1239); Bolaffio, nota nel *Fôro ital.*, VII, 1, 1265; De-Filippis, op. cit., IX, n. 94.

cessario che l'impotenza sia congenita, poichè anche quella accidentale, purchè verificatasi prima del matrimonio, è causa legittima di annullazione (1).

Così intesa, la perpetuità della impotenza riesce naturalmente all'idea che essa sia tale da non poter essere rimediata nè dalla natura, nè coll'arte. Il concetto della *irreparabilità*, riproduce dunque propriamente il pensiero della legge a tale riguardo. E si comprende agevolmente come in una impotenza che sia invece di carattere transitorio, la legge non riconosca un motivo sufficiente per una conseguenza tanto grave qual'è l'annullamento del matrimonio.

Da questi cenni risulta intanto con sicurezza che il giudizio sul carattere perpetuo dell'impotenza — a differenza di ciò che si è veduto dianzi circa la qualità di *manifesta* — costituisce un puro apprezzamento *di fatto*, incensurabile in Cassazione (2).

c) È necessario, da ultimo, che la impotenza sia *anteriore al matrimonio*. Qui è fatta evidentemente applicazione della massima generale, secondo cui un atto sorto con tutti i requisiti di sua validità, non può essere impugnato per circostanze sopraggiunte. Sotto l'aspetto pratico, potrebbe apparentemente obbiettarsi che gli effetti materiali e morali della impotenza, in rapporto al matrimonio, e i motivi per cui se ne concede l'annullamento per tale causa, si verificano ugualmente anche quando la impotenza (manifesta e irreparabile) sia sopraggiunta alla conclusione del matrimonio stesso. Però è chiaro che questa considerazione porterebbe ad attaccare il matrimonio sotto un altro e diverso punto di vista; cioè non ad *annullare* il matrimonio, ma a *sciogLierlo* pel tempo avvenire, mentre dovrebbe pure essere mantenuto pel tempo antecedente. Si entrerebbe insomma nel tema del *divorzio*, una delle cause del quale

---

(1) V. sopra in principio di questo numero.

(2) V. Cass. di Torino, 30 maggio 1886 (*Fôro ital.*, XI, 1, 1047).

(nelle legislazioni che lo ammettono) può essere precisamente anche la impotenza sopravvenuta. Nel codice nostro che adotta invece il principio della indissolubilità (art. 148), la regola speciale posta nell'art. 107, circa la anteriorità dell'impotenza al matrimonio, non è che una conseguenza naturale di quel principio.

A parte ciò, s'intende che la constatazione di questo carattere della impotenza, come ora fu veduto anche in riguardo alla perpetuità, implica una semplice questione *di fatto*.

77. Circa i mezzi di prova ammissibili in giudizio per la constatazione della impotenza — a parte la questione di massima, sopra esaminata, dipendente dal carattere di impotenza *manifesta* (1) — non abbiamo che da ripetere le norme già indicate nella prima edizione di questo trattato.

Non trovando, a questo riguardo, scritta nessuna disposizione speciale nella legge, è da concluderne che in materia tanto grave e delicata non si è potuto far meglio che rimettersi alla prudenza e saviezza dell'autorità giudicante; la quale adotterà quei temperamenti che siano consigliati dalle particolari circostanze. Potrà essere anche ordinata — come spesso si è veduto nelle decisioni della giurisprudenza — una *perizia* da eseguirsi da persone dell'arte; ferma però sempre la regola sancita dall'art. 270 del codice di procedura civile, a termini del quale l'ufficio del perito è meramente ausiliario, e non vincola mai il giudice, che deve pronunciare secondo il proprio convincimento.

Gli scrittori si sono però fermati all'ipotesi, facilmente prevedibile, che lo sposo convenuto colla dimanda di nullità *ricusi* di sottoporsi alla molestia spesso repugnante di una visita medica. E mentre un eminente giurista francese sembrò ammettere per un istante (benchè poi ne respingesse in sostanza la conclusione) la *obbligatorietà* di sotto-

(1) Sopra, n. 76 (*a*).

stare all'esperimento ordinato dall'autorità giudiziaria; mentre altri insorse vivamente contro quella supposizione, traendone anzi argomento, di fronte al codice Francese, per escludere l'impotenza dal novero degli impedimenti al matrimonio; uno scrittore nostro finì col dire: “ *Brutte cose!* “ *ma bisogna ben venire a questa conclusione* „ (1).

Per parte nostra, persistiamo a credere che solo una disposizione espressa e categorica di legge potrebbe autorizzare un mezzo simile di esecuzione coattiva sulla persona; che perciò, nel silenzio del testo, sia affatto inammessibile la coercizione personale, col sussidio della forza pubblica, per l'espletamento della prova peritale. Nè, ciò posto, potrebbe il tribunale ritenere comprovata senz'altro la impotenza, per il fatto stesso della opposizione alla prova della perizia. Sarebbe questa una prova *per induzione*, arbitraria già di fronte alla legge, e in sè stessa illogica e fallace, poichè il rifiuto a subire la visita medica può dipendere da sentimento di pudore, anche quando la impotenza veramente non esista (2). Non rimane quindi altra via che il ricorso ad altri mezzi di istruzione, coi quali supplire alla impossibilità della prova diretta; interrogatori, esami testimoniali, presunzioni di fatto anche (purchè rispondenti alla norma generale dell'art. 1354), ecc. E dal risultato complessivo di questi elementi, argomenterà il giudice se si abbia la constatazione della impotenza — coi caratteri richiesti dall'art. 107 — o se invece debba respingersi l'azione di nullità, per insufficienza di prove.

Un'altra avvertenza occorre in questo argomento, circa la forza probante che può attribuirsi alla *confessione* della propria impotenza che sia ammessa dal convenuto medesimo. Sulla ammissibilità e sulla efficacia generica di questo mezzo di prova, non può cader dubbio; poichè, come avvertimmo, il silenzio della legge, in ordine agli elementi

(1) Demolombe, III, 254 in f.; Laurent, II, 298 in f.; Borsari, *Comm.*, I, art. 107, § 286 in fine.
(2) Corte d'app. di Torino, 17 dicembre 1884 (Bettini, 1885, 277).

di prova nei giudizi relativi alla impotenza coniugale, non può avere altro significato che quello di rendere ammissibile qualunque di tali mezzi. Sembra però certo altrettanto che in questa materia la confessione della parte non potrebbe per sè sola formare piena prova come la forma in tema di rapporti pecuniari (cf. art. 1356, 1358). È naturale che si attribuisca l'efficacia di prova completa alla dichiarazione con cui una persona riconosca per vero e come pienamente accertato a riguardo di lei un fatto suscettibile di produrre contr'essa date conseguenze giuridiche riguardanti i soli interessi suoi patrimoniali, dei quali può liberamente disporre. Ma quando si tratta di provare l'impotenza d'uno dei coniugi allo scopo di far annullare il matrimonio, essendo impegnati nella controversia i più gravi interessi d'ordine morale della famiglia e pubblico, non già semplici interessi individuali del coniuge convenuto, non è ammissibile che la sola dichiarazione di quest'ultimo basti ad accertare l'esistenza in fatto dell'impotenza di lui, ed a far luogo quindi all'annullamento del matrimonio. Sono evidenti i facili pericoli a cui si andrebbe incontro, di una confessione non rispondente alla verità delle cose, e che potrebbe essere anche preparata d'accordo fra i coniugi, per riuscire allo scioglimento del vincolo, fuori dei casi in cui la legge specificatamente lo ammette. Oltre di che è pur da riflettere che in questi casi le dichiarazioni del confitente non sempre riguarderebbero meri e semplici fatti, ma più spesso anzi implicherebbero giudizi di lui sulla esistenza e sui caratteri fisiologici della impotenza di cui sarebbe affetto. Così dunque, la confessione della parte potrà valere bensì come elemento di prova, come argomento da aggiungersi agli altri per devenire alla dichiarazione della sussistenza effettiva di quel vizio fisico; non mai come prova da sola sufficiente e decisiva; e spetterà quindi ai giudici di merito il valutarla nella sua attendibilità. in confronto a tutte le altre risultanze processuali (1).

---

(1) Cass. di Torino, 22 gennaio 1880 (*Fôro ital.*, V, 1, 387).

In fine, per ciò che riguarda, non i mezzi, ma l'*onere* della prova, spetterà all'attore, secondo i principii generali, di provare che la impotenza dell'altro coniuge presenti i caratteri richiesti dall'art. 107. Però, ove si tratti di impotenza *accidentale* (1), siccome questa potrebbe essersi verificata tanto prima che dopo la celebrazione del matrimonio, così sembra che incomberà all'attore stesso l'onere di provare che l'asserita causa d'impotenza esisteva anteriormente al matrimonio, essendo questo uno degli elementi indispensabili per l'applicazione dell'art. 107. Ove si tratti invece di impotenza naturale, dipendente da vizi organici, come questa specie d'impotenza è per se stessa originaria, così sembra allora che basterebbe all'attore di provare l'esistenza e l'indole di tale impotenza; e se il convenuto allegasse a propria difesa che, per una singolare eccezione, il vizio di impotenza fosse sopravvenuto posteriormente al matrimonio, spetterebbe a lui la dimostrazione del fatto speciale su cui sarebbe basata la sua eccezione o difesa (2).

C — Del consenso delle persone alla cui autorità sono sottoposti gli sposi.

Sommario. — 78. Motivi e principii direttivi della legge nostra in questa materia. — Il diritto di *consenso* è distinto e diverso dal diritto di *opposizione*. — 79. Caratteri richiesti nel consenso di certe persone al matrimonio altrui — consenso *personale*, *speciale* e *persistente* alla celebrazione del matrimonio. — 80. Mezzi di reclamo contro il rifiuto di consenso. — 81. Abolizione degli *atti rispettosi*. — 82. Persone chiamate dalla legge a consentire al matrimonio dei minorenni. — Norme speciali pei *figli legittimi* e per gli *adottivi*. — 83. Norme pei *figli legittimi*. — 84. Continuazione — *a*) Consenso dei genitori — *b*) Consenso di un solo genitore, per impossibilità *legale* o impossibilità *di fatto* dell'altro a prestarlo. — 85. *c*) Consenso degli avi od avole. — 86. *d*) Consenso del consiglio di famiglia. — 87. Norme pei *figli naturali riconosciuti*. — 88. Norme pei *figli naturali non riconosciuti*.

78. Ammesso, come abbiam visto, che si potesse contrarre matrimonio anche prima d'aver raggiunta l'età

---

(1) Cf. sopra, n. 76 in principio.

(2) È qui applicabile il principio che *la prova degli elementi naturali di un fatto è già implicita nella prova del fatto stesso.* Principio mirabilmente spiegato da Pescatore nella sua *Logica del diritto* (Torino, 1883), pe I, cap. 15, pag. 105-108, e pe II, cap. 5, pag. 268.

maggiore, la quale rende capaci le persone negli atti ordinari della vita civile, non potevasi però permettere che il solo consenso del minorenne bastasse per vincolarlo validamente nella unione coniugale.

Il contratto di matrimonio è tale certamente, per natura ed essenza sua, che in esso, a differenza degli altri contratti comuni, è inammessibile che il minore possa essere rappresentato da altri nella prestazione del consenso necessario a formarlo. È un atto essenzialmente ed esclusivamente *personale*, che non può essere se non l'emanazione diretta e libera della volontà individuale della persona stessa che deve assumere il vincolo giuridico derivante da tale fatto. Ma da questo all'ammettere che il minorenne, della cui volontà è necessario il concorso diretto, liberamente e personalmente manifestato, potesse senza l'assistenza e l'autorizzazione delle persone dalla cui autorità dipende procedere a cosa tanto grave, vincolandosi validamente ed irrescindibilmente ad una comunione perpetua e indivisibile di esistenza, la differenza è assai grande. E se la legge avesse stabilita questa illimitata libertà pel minorenne, perciò solo che in ragione di età egli fosse capace a contrarre matrimonio, avrebbe mancato a tutti que' fini pei quali abbiamo visto la legislazione civile doversi occupare di questa istituzione del matrimonio. L'interesse delle parti contraenti non sarebbe stato protetto, come conviene che sia; se essendo in quella età nella quale sarebbero riputate incapaci agli altri atti della vita civile, ad atti di solo interesse pecuniario e quindi tanto meno importanti, fossero state abbandonate senza difesa, senza protezione alcuna, alle seduzioni, agl'inganni, all'ebbrezza della passione che facilmente potrebbero farle vittime in un atto che deve decidere di tutta la loro vita. All'interesse delle famiglie mal si sarebbe provveduto ammettendo che per una determinazione ispirata unicamente dalla passione e dalla inesperienza, potessero esse venir costrette a subire rapporti di affinità e di parentela male assortiti, talvolta disonoranti.

In fine l'interesse della società stessa non potrebbe mancare d'essere offeso da questa infrazione, che si permetterebbe, del buon ordine e della disciplina nella famiglia. Così fu ammessa anche nel codice Italiano, come gliene avean dato l'esempio le altre legislazioni, la massima che nessuno minore di età possa contrarre matrimonio senza riportare l'assenso delle persone dalla cui autorità egli dipenda per questo atto del matrimonio (art. 63, 64, 65, 66, cod. civ.).

Ma d'altra parte, l'importanza e la natura speciale del matrimonio distinguendolo essenzialmente dagli altri contratti comuni, non potevasi neppure riguardare come contrario ai principii di diritto che, anche dopo raggiunta la maggiorità ordinaria, se così consigliassero speciali considerazioni, si sottoponesse il futuro coniuge alla necessità di forme abilitanti per contrarre matrimonio, forme che non sarebbero richieste per gli altri atti ordinari della vita civile. E intorno a ciò non parrà inopportuno riferire brevemente l'origine e le fasi della disposizione che leggiamo nell'articolo 63 del nostro codice.

Il codice Francese (art. 148 e 150) stabiliva che *il figlio il quale non avesse compiuti* 25 *anni*, non potesse contrarre matrimonio senza il consenso del padre e della madre, o se questi fossero morti ambidue, o posti nella impossibilità di manifestare la loro volontà, senza consenso degli avi o delle avole, *mentre la figlia* non abbisognava di tale consenso che fino a quando non avesse compiuto il 21° anno di età.

I progetti del codice civile pel regno d'Italia, anteriori a quello che fu presentato in iniziativa al Senato nella tornata del 15 luglio 1863, oscillarono tra due sistemi; l'uno dei quali sarebbesi limitato anche pel matrimonio alla sola minorità ordinaria, mentre l'altro avrebbe stabilita una *minorità speciale* e protratta fino a 25 anni *pel figlio*, il quale finchè non avesse compiuta questa età avrebbe sempre avuto bisogno del consenso del padre e della madre per poter contrarre matrimonio.

Il progetto Pisanelli attenevasi al primo di questi partiti, e nella sua relazione il ministro diceva: " Si stimò opportuno richiedere il consenso (dei genitori al matrimonio de' figli) fino all'età minore, cioè sino ai 21 anni e senza distinzione di sesso. Tutti ritengono, e così stabilisce il codice Francese, che dopo i ventun anni non bisogni altro consenso per coloro che mancano di genitori o di ascendenti. Ora il consenso degli ascendenti è necessario per supplire quello dei figli minori, come è necessario il consenso del consiglio di famiglia allorchè mancano gli ascendenti; ma cessata l'incapacità, la condizione giuridica della persona dev'essere la stessa, tanto nel caso in cui vi siano ascendenti, quanto nel caso in cui più non esistano „ (1).

La Commissione del Senato stimò più conveniente l'adottare il sistema del codice Francese e nella relazione fece le considerazioni seguenti:

" Si esaminò con attenzione speciale se questa proibizione (delle nozze dei figli di famiglia senza l'assenso dei genitori) limitar si dovesse all'età minore, ossia agli anni ventuno, senza distinzione di sesso, come fa il progetto, oppure meglio giovasse l'estenderla agli anni 25 pei figli, limitandola all'età minore per le figliuole, secondo che è stabilito dal codice Napoleone e da tutte le legislazioni italiane. Questo secondo partito è sembrato più conforme ai nostri costumi, al buon ordine ed alla quiete delle famiglie. Non si possono mettere del pari l'autorità dei genitori e degli ascendenti verso i loro figli e discendenti, e l'autorità dei parenti chiamati a costituire il consiglio di famiglia; l'una è di diritto naturale, l'altra è di diritto positivo. La legge, che più largamente confida nell'amore e nell'autorità dei genitori e degli ascendenti, non fa che conformarsi al voto della natura. Non è da

(1) Relaz. Pisanelli, lib. I, n. 15.

" temere che sia abusato un potere commesso alla più
" benigna e sicura delle autorità, la paterna „ (1).

Alla Commissione di coordinazione il ministro guardasigilli propose il quesito " se il figlio giunto all'età mag-
" giore debba poter contrarre liberamente matrimonio
" *senza il consenso dei genitori* „, e la Commissione rispose negativamente, e fu d'avviso " che debba mantenersi l'arti-
" colo del progetto, il quale sottopone i figli maschi alla
" necessità del *consenso dei genitori* fino all'età d'anni 25;
" sulla considerazione principalmente che sarebbe meno
" conveniente di andare in questa materia anche al di là
" del codice Francese nel restringere la prerogativa della
" patria podestà, tanto più che, sia nella Camera, sia nel
" Senato, si è specialmente invocata questa disposizione
" per rispondere a quelli che si lagnavano che si fosse
" troppo indebolita l'autorità paterna.

" Si rifletteva inoltre non potersi in questa parte assimi-
" lare il trattamento dei maschi a quello delle femmine, in
" quanto che in fatto di matrimonio è altrettanto propizia
" per queste l'età d'anni 21, come lo è appena pei maschi
" quella d'anni 25, e del resto importa per le figlie di non
" perdere l'occasione, che possa loro presentarsi favorevole
" per il loro collocamento, mentre non havvi inconveniente
" pei figli che il loro matrimonio sia ritardato sino agli
" anni 25 „ (2).

Per altro non si volle estendere tanto l'applicazione di questa massima quanto avea fatto, sull'esempio del codice Francese, il progetto della Commissione senatoria, sottoponendo il figlio maggiore di 21 anni, ma che non avesse compiuti i 25, al consenso, non solo dei genitori ch'egli avesse viventi e capaci, ma anche, in mancanza di questi, al consenso degli avi e delle avole. Uno dei commissari osservò " che se la considerazione di non indebolire l'au-

(1) Relaz. Vigliani, sul lib. I, *Cod. civ.*, n. 53.
(2) Proc. verb. n. 6, § 5.

“ torità paterna può giustificare la sottomissione del figlio
“ al consenso dei genitori pel suo matrimonio fino all'età
“ d'anni 25, evidentemente sarebbe spingere troppo oltre
“ il principio, sottoponendolo dopo che è giunto all'età
“ maggiore al consenso degli avi e delle avole, i quali per lo
“ più sono in età cadente ed inabili ad apprezzare i motivi
“ di convenienza del matrimonio dei loro nipoti; e propose
“ pertanto la soppressione della relativa disposizione con-
“ tenuta nell'articolo 73 (del progetto senatorio). Questa
“ proposta venne approvata senza discussione dalla Com-
“ missione „ (1).

Riassumendo adunque, ecco in breve qual è il sistema adottato in questo argomento dal codice Italiano.

Il consenso d'altri che degli sposi non è richiesto pel matrimonio, fuorchè quando l'uno o l'altro degli sposi sia *minore*.

Avvi però riguardo al matrimonio la *minorità generale* ed inoltre una *minorità speciale*.

Ogni minore di ventun anni, sia uomo o donna, sia emancipato o no, sia celibe o vedovo, abbisogna, per contrarre matrimonio, del consenso altrui. Le persone chiamate dalla legge a prestarlo sono diverse secondo i casi, come vedremo tra poco; sono diverse secondo che si tratti di figli legittimi o legittimati o adottivi, o di figli naturali legalmente riconosciuti, o di figli di genitori ignoti; e nei primi due casi sono diverse ancora secondo che siano o no viventi e in istato di manifestare la loro volontà i genitori o gli ascendenti dello sposo. Ma è un principio comune a tutti ugualmente i detti casi che il minore di ventun anni non sia mai libero di contrarre un primo od un ulteriore matrimonio, se non intervenga il consenso delle persone a ciò designate dalla legge. Avvi poi una minorità speciale, per coloro che, avendo oltrepassati 21 anni, non abbiano ancora compiuti i 25. Questi

(1) Proc. verb. n. 6, § 7

sono ancora soggetti al consenso altrui pel matrimonio che vogliono contrarre, ma vi sono soggetti solamente quando concorrano queste due condizioni:

1° che si tratti del *figlio* minore di 25 anni, poichè la donna è maggiore a 21 anni assolutamente e senza restrizione, e quindi è anche pienamente libera nel contrarre matrimonio, senza bisogno di riportare il consenso altrui;

2° che questo figlio abbia superstiti e capaci a manifestare la loro volontà i genitori od uno almeno di essi, sia poi che si tratti di genitori legittimi, o di genitori naturali che si siano volontariamente riconosciuti o sieno stati giudizialmente dichiarati tali; chè in mancanza dei genitori non basterebbe essere viventi e capaci gli avi e le avole, per sottomettere alla necessità di riportare il loro consenso il figlio minore di 25 anni ma che avesse compiuti i 21.

Da questa breve esposizione risulta intanto un concetto che verrà poi spiegato meglio altrove; cioè che il diritto in certe persone di prestare il *consenso* al matrimonio dei minorenni, non ha nulla di comune col diritto che può spettare anche alle stesse persone di *far opposizione* al matrimonio medesimo. Quello infatti si esplica in un potere di apprezzamento libero (salva la possibilità del reclamo, di cui si dirà fra breve) sulla convenienza del matrimonio progettato; questo non può essere esercitato se non per la esistenza di *impedimenti legali* al matrimonio stesso (cf. articolo 82). D'altro lato, il primo è ammesso solo pel matrimonio dei minorenni; il secondo è esercibile indipendentemente da questo stato particolare.

79. Il consenso che certe persone sono chiamate dalla legge a prestare al matrimonio altrui, dev'essere *personale*, *speciale* e dato *all'atto della celebrazione*. Questi caratteri sono essenziali, affinchè tale consenso corrisponda al fine pel quale è richiesto dalla legge, cioè di dare al minorenne l'assistenza di persone le quali per vincoli di sangue o per ufficio debbansi riputare ispirate unicamente

dall'affetto e dal desiderio del bene di lui, acciocchè col senno, colla maturità di consiglio, col freddo calcolo della ragione, suppliscano all'inesperienza del minorenne medesimo, temperino il bollore della passione che potrebbe facilmente trascinarlo a risoluzioni funeste, lo illuminino, lo dirigano, e lo preservino a tempo da una unione male assortita, da un vincolo sventurato ed irreparabile.

Se infatti il consenso che quelle persone sono chiamate a prestare non fosse esclusivamente e strettamente personale, se esse potessero delegare ad altri il mandato conferito loro dalla legge, è chiaro che rimarrebbe elusa la fiducia che il legislatore ripose in loro per ragione dei vincoli speciali per cui sono legate al minorenne che son chiamate a proteggere. Se pertanto il genitore o l'avola, che dovrebbe consentire al matrimonio del figlio o del discendente, avesse conferito ad altra persona, qual che si fosse, il *mandato generico* per prestare il consenso qualora questa persona lo riputasse conveniente, a tal mandato non potrebbesi attribuire nessuna efficacia; nè la prestazione del consenso da parte del mandatario gioverebbe alla validità del matrimonio che fosse contratto. Questa massima, che fu ora dimostrato essere perfettamente conforme a ragione, trova poi anche conferma nella disposizione testuale dell'articolo 81 del codice civile, il quale dichiara necessario che il consenso degli ascendenti o sia *dato personalmente* davanti l'uffiziale civile o *consti da atto autenitco che contenga la precisa indicazione di amendue gli sposi.*

Si è voluto argomentare in contrario dalla disposizione generale dell'articolo 354, che permette alle parti interessate di farsi rappresentare, negli atti dello stato civile, da persona munita di procura speciale ed autentica, in tutti i casi in cui la legge non imponga loro in modo espresso di comparire personalmente (1).

---

(1) Pacifici-Mazzoni, *Istituz.* (2ª Edizione), II, 112, pag. 139 (nota). In questa sua seconda edizione, l'egregio scrittore ha cercato spiegar meglio

Ma è facile riconoscere l'inapplicabilità al caso nostro del detto art. 354, poichè esso si riferisce alle parti personalmente interessate o dichiaranti negli atti dello stato civile, mentre le persone chiamate a prestare il consenso al matrimonio altrui nè vi hanno interesse personale proprio, nè vengono a recare la semplice dichiarazione di un fatto da registrarsi fra gli atti dello stato civile, ma si presentano per adempiere una missione che è confidata personalmente a loro dalla legge, missione che per la stessa sua natura e pei fini ai quali è diretta non potrebb' essere delegata ad altri da queste persone alle quali soltanto è deferita. Ad ogni modo poi, anche sott'altro aspetto, saremmo costretti alla medesima conclusione dell'inapplicabilità dell'articolo 354; imperciocchè esso suppone che le parti *non sieno tenute a comparire personalmente*, e se qui è vero che si tratta di persone delle quali non è necessaria la presenza materiale davanti l'uffiziale dello stato civile, perchè possono supplirvi col consenso prestato separatamente in atto autentico (v. art. 81, cod. civ.), è però vero altrettanto che l'atto di consenso in sè stesso non può, per la lettera e lo spirito troppo manifesto della legge, essere altro che l'emanazione diretta e personale della volontà di coloro che sono dalla legge designati. Certamente, se l'ascendente chiamato dalla legge a consentire, non volendo o non potendo comparire personalmente davanti l'uffiziale dello stato civile, delegasse un'altra persona a farlo per lui, e questo mandato risultasse da atto autentico che contenesse la precisa indicazione di amendue gli sposi, oltre ad

---

e difendere il suo insegnamento, nel senso di ammettere non la delegazione ad altri del potere di consentire al matrimonio, ma solo la facoltà di prestare il consenso mediante un mandatario munito di procura speciale ed autentica. Però nel testo è mantenuta la proposizione: “ *Nulla impedisce* “ *che quegli il quale deve prestare il consenso, si faccia rappresentare da* “ *un mandatario munito di procura speciale ed autentica* „.

Ora qui sta, secondo noi, la inesattezza. Altro è *farsi rappresentare da un mandatario,* ed altro esibire un documento speciale ed autentico, mediante un *latore* del documento stesso; come ora spiegheremo.

esprimere il nome e cognome, la professione e residenza del mandante, e il grado di parentela di lui collo sposo, avremmo di che ritenere valido il matrimonio celebrato all'appoggio di quest'atto, il quale allora contenendo già in sè tutto ciò che a tenore dell'articolo 81 è necessario per costituire il consenso prestato per atto autentico separato, renderebbe una mera sovrabbondanza la comparsa ulteriore di un mandatario davanti l'uffiziale dello stato civile, per recare un atto di consenso già personalmente e validamente prestato da cui spettava a norma di legge. Ma quello che importa, quello a cui non puossi punto contraddire coll'invocato articolo 354, è che le persone chiamate dalla legge a consentire al matrimonio altrui, non potrebbero trasferire con mandato ad altri la facoltà, che la legge attribuisce esclusivamente a loro, di prestare o negare il richiesto consenso (1).

Oltre ad essere *personale*, il consenso deve poi anche essere *speciale*, come lo esprime il citato art. 81 dicendo che, *qualora non sia dato personalmente* davanti l'uffiziale civile, deve constare da un atto autentico, il quale *contenga la precisa indicazione tanto dello sposo al quale si dà il consenso, quanto dell'altro*. Non basterebbe dunque un'autorizzazione data in modo definitivo al figlio o discendente, per contrarre matrimonio con quella persona qual che si fosse che a lui piacesse scegliere. Una tale autorizzazione indeterminata, piuttosto che quel consenso che la legge esige come garanzia tutelare pel minorenne che voglia legarsi in matrimonio, equivarrebbe a lasciare il matrimonio al pieno arbitrio del figlio, costituirebbe veramente una rinunzia inammissibile all'autorità ed al mandato che la legge conferisce a quelle persone ch'essa chiama a consentire (2).

Da ultimo, e quanto al tempo, il consenso è richiesto

(1) Demolombe, t. III, n. 5.

(2) Demolombe, III, 53; Laurent, II, 320; Pacifici-Mazzoni, op. e loc. cit.; Borsari, I, art. 64, § 213.

dalla legge *al momento stesso della celebrazione.* Non è già che sia necessaria la coincidenza materiale della prestazione del consenso all'istante preciso della celebrazione; chè anzi a questa precede sempre quella, come *formalità preliminare*, ed è all'atto della *richiesta delle pubblicazioni* che deve farsi constare la prestazione del consenso da parte delle persone da cui la legge lo richiede, o mediante l'intervento e la dichiarazione di quelle persone stesse davanti l'uffiziale dello stato civile, o mediante la produzione dell'atto autentico in cui il consenso sia stato anteriormente dato (art. 81, codice civile combinato coll'art. 70 del regolamento sullo stato civile approvato col R. Decreto 15 novembre 1865, n. 2602). Ma ciò che tuttavia è necessario al momento stesso della celebrazione è che in quello istante *persista* e concorra, colla volontà degli sposi che dichiarano di prendersi in marito e moglie, la volontà delle persone il cui consenso è dalla legge prescritto. Di guisa che, se in tale istante quelle persone rifiutassero il loro consentimento, a nulla varrebbe che lo avessero prestato anteriormente; non essendo esso efficace se non in quanto esista ancora al momento della celebrazione, fino al quale le parti che lo avevano emesso vi abbiano perseverato (1).

Da ciò derivano pertanto due conseguenze importanti, e così:

1° che il consenso già accordato può essere però liberamente rivocato, dalle stesse persone che lo diedero, fino al momento della celebrazione del matrimonio;

2° che se prima di questo istante quelle persone abbiano cessato di vivere o siano cadute nella impossibilità di manifestare la propria volontà, il consenso da esse prestato anteriormente dovrà considerarsi come non avvenuto; passando allora il diritto di consentire, pel matri-

---

(1) Demolombe, III, 56; Aubry e Rau, V, § 462, nª 38; Borsari, I, art. 64, § 213, D.

monio non ancora celebrato, ad altre persone chiamate dalla legge in mancanza di quelle prime.

Alcuni autori hanno voluto limitare l'applicazione di quest'ultima massima, insegnando che qualora la persona a cui passa il diritto di consentire al matrimonio dei figli o discendenti, non revochi il consenso già prestato da chi vi era chiamato a preferenza dalla legge, ma che è morto o caduto nell'impossibilità di manifestare la propria volontà prima della celebrazione del matrimonio, questa specie di *consenso tacito*, con cui si verrebbe in qualche modo ad appropriarsi collo stesso silenzio proprio il consenso già dato da altri, basta a render valido il matrimonio (1).

Sembra tuttavia più conforme alla purezza dei principii la opinione professata da altri: che non contentandosi la legge di un consenso tacito, ma volendolo espresso ed *in forma solenne*, non si possa riguardare come sufficiente questa pretesa partecipazione tacita ad un consenso altrui prestato anteriormente in forma regolare, ma che manca d'ogni efficacia giuridica quando, al momento in cui esso dovrebbe ancora sussistere, la persona che lo ha accordato non è più in vita od almeno non è più capace di un atto di volontà (2).

Un punto più grave di questione è quello riguardante il caso che la morte, la rivocazione o la impossibilità del consenso, all'atto del matrimonio, siano state *ignorate* dagli sposi a cui il consenso era necessario, e che questi abbiano quindi proceduto in buona fede alla celebrazione del matrimonio stesso. Varrà allora questa circostanza a sanare il difetto del consenso per legge richiesto? Tre soluzioni diverse sono state proposte. Secondo alcuni, il matrimonio sarebbe in tal caso inattaccabile; sia per ri-

(1) Duranton, t. I, ediz. Bruxelles, n. 681, 682; Marcadé, art. 149, § 5, t. I, n. 529, pag. 397.

(2) Aubry e Rau, V, § 462, n. 2, I, nª 39; Laurent, II, 321; Demolombe t. III, n. 58.

guardo alla buona fede dei coniugi, i quali hanno ottemperato, per quanto le circostanze lo permettevano, alle prescrizioni della legge; sia per argomento di analogia da ciò che è disposto in ordine al mandato (articolo 1762), secondo cui la revoca ignorata si considera come non avvenuta (*idem est non esse et non apparere*). E in questo concetto non si avrebbe soltanto una applicazione dell'articolo 116, il quale riserba gli effetti civili al matrimonio *annullato*, ma contratto in buona fede; la condizione sarebbe anche più favorevole, in quanto che verrebbe esclusa la stessa dichiarazione di nullità, sicchè il matrimonio resterebbe valido *ab initio* (1). Secondo altri, la buona fede degli sposi, che abbiano ignorato la revoca o la inefficacia del consenso delle persone a cui sono sottoposti, non può compensare la mancanza effettiva del consenso medesimo; il matrimonio sarebbe quindi nullo senz'altro; e non si esamina neppure (ma forse si sottintende) l'applicabilità a questo caso del temperamento di favore, risultante dall'articolo 116 (201, codice Francese) (2). Infine, ad avviso nostro, la questione non può essere risoluta appunto che a termini e nei limiti del citato art. 116, cod. civile.

E invero, che non possa ammettersi la validità piena ed iniziale di un matrimonio contratto in quelle circostanze, sembra incontrastabile. Eliminiamo anzitutto l'argomento di analogia che si crede desumere dall'art. 1762. Analogia in verità non sussiste fra questa ipotesi e quella di cui si disputa; poichè nel caso di mandato vi ha un potere *effettivamente* conferito all'atto stesso del mandato, salva la facoltà di revocarlo, mentre in tema di matrimonio, il consenso dato innanzi alla sua celebrazione non è che un'anticipazione del consenso stesso; il quale diventa definitivo ed efficace solo colla perseveranza di esso al momento in cui il matrimonio venga celebrato;

---

(1) AUBRY e RAU, V, § 462, nª 39; DEMOLOMBE, III, 57; PACIFICI-MAZZONI, *Istituz.* (2ª Edizione). II, 113.
(2) LAURENT, II, 321.

e in conseguenza, la revoca del consenso, la morte o la incapacità sopraggiunta del consenziente, hanno, in riguardo al matrimonio, un effetto ben più grave, quello cioè di far venir meno il consenso nel momento medesimo in cui dovrebbe verificarsi e produrre i suoi effetti. Ciò stesso basta dunque a dimostrare come sia qui invocato fuori di luogo l'aforisma *idem est non esse et non apparere*. Quanto poi alla considerazione che il matrimonio dev'essere mantenuto valido, in ossequio alla buona fede ed alla osservanza, che gli sposi hanno voluto e creduto di effettuare, delle prescrizioni della legge, non par difficile il rispondere che una osservanza puramente *intenzionale* non può equivalere al consentimento effettivo che la legge vuole da parte delle persone a cui gli sposi sono sottoposti; per la ragione che così non sarebbe raggiunto menomamente lo scopo della legge, la quale non appagandosi del consenso e della determinazione degli sposi che non hanno raggiunto una certa età, permette loro di contrarre matrimonio solo colla assistenza e l'approvazione dei loro parenti; al quale scopo non può dunque bastare che gli sposi *credano* di riportare quella approvazione dei parenti che in realtà, e nel momento decisivo, a loro manca. E se è vero che, in linea di equità, conviene aver riguardo alla buona fede con cui venne celebrato il matrimonio, ciò renderà bensì applicabili le norme concernenti il matrimonio putativo, ma non altro e non più di questo; mentre è appunto per l'intendimento di conciliare i riguardi alla buona fede delle parti ed ai loro interessi, col rispetto alle prescrizioni della legge, che venne introdotto l'istituto del matrimonio putativo; e d'altro lato non potrebbe trovarsi ragione perchè la buona fede degli sposi, circa la mancanza del requisito riguardante il consenso dei parenti, dovesse non essere compresa nel concetto dell'art. 116, e produrre effetti diversi e più favorevoli di quelli che il detto articolo concede, per tutti in genere i requisiti di validità del matrimonio.

D'altronde poi, la gravità dell'ammettere l'annullabilità del matrimonio in tali casi è notevolmente attenuata dalle condizioni che gli articoli 108 e 109 del cod. civile appongono alla proponibilità dell'azione, specialmente in riguardo al tempo brevissimo entro il quale soltanto può essere promossa.

Oltre agli accennati requisiti particolari, la validità del consenso al matrimonio altrui, da parte delle persone determinate dalla legge, è subordinata ai principii generali di diritto, secondo i quali si giudica del valore legale di qualunque altra manifestazione di volontà. E siccome queste regole sono in generale le stesse che nella teoria dei contratti furono stabilite dal codice civile, intorno alla esistenza ed alla validità del consenso (art. 1108 e seg., codice civile), così sembra che a questi principii generali, non agli speciali riguardanti il consenso degli sposi all'atto del matrimonio (art. 105, codice civile), si debba ricorrere per determinare se facciasi luogo o no ad impugnare il consenso prestato al matrimonio altrui dalle persone designate dalla legge, e se conseguentemente si possa poi, per mancanza di quel consenso valido, impugnare il matrimonio stesso.

Sembra pertanto che, non solo per *violenza* e per *errore nella persona*, ma anche per *dolo*, potranno i genitori o gli ascendenti impugnare il consenso da essi dato al matrimonio dei loro figli o discendenti, purchè sia dimostrato con evidenza essere stati tali i raggiri fraudolenti praticati per carpire quel consenso, che questo non sarebbe mai stato senza di essi prestato.

80. Nel codice Francese non era concesso a coloro, che per poter contrarre matrimonio abbisognavano del consenso altrui, nessun mezzo di ricorso contro il rifiuto di tale consenso. Era quindi accolta da tutti gl'interpreti la massima che le persone, chiamate dalla legge a prestare il consenso pel matrimonio d'altri, non fossero mai tenute

a render conto dei motivi per ragione dei quali esse ricusassero di consentire. Ma questo sistema mal potevasi giustificare come conforme a ragione ed a giustizia, mentre riusciva a conferire ai genitori od ascendenti ed al consiglio di famiglia una facoltà totalmente arbitraria, negando agli sposi ogni mezzo legale per superare questo ostacolo passivo, che talvolta ingiustamente si opponesse alle nozze che essi volessero contrarre. Fu per questo che nei vari progetti di codice presentati pel regno d'Italia fu sempre proposta qualche disposizione per rimediare a tale inconveniente. Se non che in essi tutti, fino a quello che fu concordato tra la Commissione del Senato ed il Ministero, modificando l'altro presentato dal ministro Pisanelli, escludevasi ogni diritto di richiamo da parte del *figlio*; ed alla figlia lo si accordava bensì, ma senza permetterne a lei l'esercizio personale e diretto, ed attribuendolo soltanto, nell'interesse della figlia medesima, ai *parenti od affini di lei* ed al *pubblico ministero* (art. 67 prog. Pisanelli, art. 76 progetto senatorio). Di ciò rendevasi nella relazione del Ministro questa ragione; che " siccome per la donna, " sfuggita una occasione propizia, ben può temersi che non " sia per presentarsene un'altra egualmente favorevole, " sembra giusto autorizzare il richiamo della figlia; non " però direttamente, ma per mezzo dei parenti o del pub- " blico ministero.

" Tale sistema racchiude due importanti vantaggi; " quello di non porre la figlia in aperto e personale con- " trasto giuridico coi genitori, e quello di non ammettere " il richiamo senza una apparenza di ragione, non potendo " supporsi che i parenti ed il pubblico ministero presen- " tino un richiamo sfornito di giusti motivi " (1).

Il progetto ministeriale deferiva la cognizione del richiamo contro il rifiuto di consenso dei genitori od ascendenti o del consiglio di famiglia o tutela, al tribunale del

(1) Relaz. Pisanelli, lib. 1, n. 16.

domicilio della figlia; escludendo poi qualunque ricorso contro la decisione del tribunale predetto.

Nel progetto senatorio si riputò più opportuno che il richiamo dovesse essere giudicato direttamente dalla Corte d'appello, sia perchè deferendolo al tribunale sarebbe stato sconveniente precluder la via all'appellazione, sia per la opportunità di evitare i dannosi ritardi di due giudizi, sia per imprimere maggiore solennità alla causa e rendere più facile, coll'autorità superiore della Corte, la conciliazione delle parti (1).

La Commissione di coordinazione arrecò essa pure una modificazione importante all'articolo 76 del progetto senatorio, parificando i figli alle figlie, quanto al richiamo alla Corte d'appello contro il rifiuto dei genitori, degli ascendenti o del consiglio di famiglia o tutela, di acconsentire al loro matrimonio. Considerò, in questo senso, potersi talora verificare casi, nei quali il rifiuto del consenso al matrimonio del figlio sia non meno ingiusto e non meno produttivo di danni gravi ed irreparabili, che quando si tratti del matrimonio di una figlia; esser quindi giusto, così per quello come per questa, tenere aperta la via ad un ricorso che renda possibile la celebrazione del matrimonio, non ostante l'ingiusto dissenso dei genitori od altri discendenti, o del consiglio di famiglia o di tutela (2).

Per tal modo riuscì stabilita la disposizione dell'art. 67 del codice, che contiene le massime seguenti:

1° In tutti i casi nei quali a certe persone è vietato il contrarre matrimonio, se non riportino il consenso dei genitori, o degli altri ascendenti o del consiglio di famiglia o di tutela, è data facoltà di ricorrere contro il rifiuto di tale consenso.

Non vi è quindi luogo a distinguere, in questo rapporto, se quello a cui è negato il consenso, dalle persone dalla cui

---

(1) Relaz. Vigliani, lib. I, n. 54.
(2) V. Proc. verb. n. 6, § 8.

autorità dipende, sia lo sposo o la sposa; nè se lo sposo trovisi nella condizione della minorità ordinaria, cioè di non aver compiuto il 21° anno di età, o trovisi soltanto in quella minorità speciale che è stabilita pel matrimonio di chi abbia viventi e capaci i genitori od uno almeno di essi, cioè di aver compiuto i ventuno ma non ancora i venticinque anni.

2° Il figlio, che sia minore di ventun anni, è parificato completamente, quanto al richiamo contro il rifiuto di consenso, alla figlia che trovisi nella medesima condizione. L'uno e l'altra, essendo per ragione di età posti legalmente in uno stato d'incapacità, ed essendo d'altra parte sconveniente che possano porsi in aperto e personale contrasto giuridico colle persone dalla cui autorità dipendono, e talvolta, per leggerezza o per bollore di passione, possano intentare richiami non appoggiati nemmeno all'apparenza d'un serio fondamento, non sono quindi ammessi a potere personalmente proporre tale richiamo; ma nell'interesse loro possono presentarlo i loro parenti od affini, senza riguardo di linea e senza limite di grado, od anche il ministero pubblico (art. 67, § 2, codice civile). L'art. 67 del progetto ministeriale diceva potersi fare richiamo nell'interesse della figlia dal procuratore del re *sulla notorietà del fatto*. Questa espressione fu soppressa dalla Commissione del Senato. Ed infatti la notorietà pubblica dell'ingiusto rifiuto del consenso, da parte delle persone che avrebbero dovuto prestarlo, è uno dei casi in cui il pubblico ministero assumerà l'iniziativa del richiamo, ma non è il solo caso in cui possa farlo. Può bastare la scienza certa del fatto, sebbene non sia notorio pubblicamente. Nè allo stesso minore sarebbe vietato di presentare al procuratore del re la esposizione del fatto ed una istanza acciocchè d'uffizio promovesse il ricorso.

Le regole ora accennate sono applicabili a tutti i minori di ventun anni, senza distinguere se siano superstiti e capaci i loro genitori, o se in mancanza di questi il

consenso debba essere prestato dagli avi o dalle avole, o dal consiglio di famiglia o di tutela. Non devono far dubitare di ciò le espressioni usate nel § 2° dell'art. 67 predetto, dove si parla *della figlia e del figlio* minore di età, senza riferirsi, come nel § precedente dello stesso articolo, al rifiuto di consenso anche degli ascendenti o del consiglio di famiglia o di tutela; quasi che qui si supponesse unicamente la mancanza di consenso dei genitori. A togliere questo dubbio che sorgesse, basterebbe riflettere che i secondo paragrafo si lega intimamente al primo del detto articolo, e fa una cosa sola con esso; e che anzi il primo paragrafo, se si guardasse isolatamente, sarebbe gravemente inesatto; poichè esso dice che " contro il rifiuto di " consenso degli ascendenti o del consiglio di famiglia o " di tutela *il figlio maggiore di età* può far richiamo alla " Corte d'appello „ mentre sappiamo che il figlio maggiore di età non può aver bisogno del consenso di altre persone che *dei suoi genitori* quando egli non abbia ancora compiuto il 25° anno (art. 63 e 64, cod. civ.); ond'è impossibile che si verifichi per lui il caso di dover ricorrere contro il rifiuto di consenso degli avi o del consiglio di famiglia o di tutela. Il rifiuto di consenso degli avi, o del consiglio di famiglia o di tutela, quantunque supposto nel testo del primo paragrafo, si riferisce dunque realmente non già al caso ivi contemplato, di un figlio maggiore di 21 ma minore di 25 anni, bensì all'altro caso, che forma oggetto del paragrafo successivo, *del figlio o della figlia minore di* 21 *anni* (1).

---

(1) Fu proposta un'altra interpretazione correttiva dell'art. 67, in questo riguardo. Il figlio maggiore di 21 anni sarebbe autorizzato a muovere reclamo, non per la mancanza di consenso degli ascendenti o parenti *suoi proprii* (del cui consenso non ha bisogno), ma per il rifiuto degli ascendenti *della sposa*, la quale ne abbia bisogno, per essere minore di età. In tal guisa sarebbe conservato alla dizione testuale dell'art. 67 § 1 un significato e un effetto pratico (F. Silva, nell'*Archivio giuridico*, VI, 513, e VIII, 538). Ma la soluzione è inammissibile; il rimedio sarebbe peggiore del male. È inammissibile la facoltà nel figlio maggiore di reclamare contro il rifiuto di consenso degli ascendenti della sposa; perchè: 1° si

3° Il figlio che abbia già raggiunta la maggiorità ordinaria, ma non compiuto ancora il venticinquesimo anno, può direttamente e personalmente promuovere il suo richiamo contro il rifiuto di consenso dei genitori (art. 67, § 1, cod. civ.). La capacità già esistente per tutti in generale gli atti della vita civile, e la presunzione conseguente che il figlio maggiorenne non intenti un richiamo spoglio perfino dell'apparenza d'ogni fondamento, hanno dato motivo a questa disposizione.

4° Il richiamo deve farsi alla Corte d'appello competente per ragione del domicilio o della residenza del convenuto. L'articolo 67 detta poi pel relativo procedimento regole particolari, le quali si conformano all'indole speciale della materia. Essendone necessariamente sempre urgente la decisione, si è voluto che la causa sia trattata col *procedimento sommario*, ordinando che si porti *ad udienza fissa* (art. 67, § 3, cod. civ.). Trattandosi di argomento che interessa l'ordine pubblico, si è prescritto che sia sentito nelle sue conclusioni il pubblico ministero (detto articolo 67, § 3). Importando che si mantenga il segreto nella istruzione della causa e sui risultamenti che ne siano emersi, affinchè non si svelino in pubblico i segreti delle famiglie e la pubblicità non riesca talvolta ad offendere il buon costume, si è voluto che le parti ed il pubblico

---

costituirebbe, senza ragione, un privilegio accordato al solo figlio *maggiore* di 21 anni, mentre non potrebbe estendersi, stando anche alla lettera dello articolo, al figlio minore; 2° perchè il figlio maggiore fidanzato non ha qualità nè può avere diritto alcuno per esercitare l'azione di reclamo competente ad altri, azione che per natura stessa delle cose è eminentemente personale.

Del resto non è questo l'unico caso in cui la espressione, grammaticalmente chiara, della legge non corrisponde al vero concetto di essa. V. ad esempio, gli art. 29, § 1, 51, § 2, 1002, 1320, cod. civ. Ed è antica osservazione che talvolta " *Etsi maxime verba legis hunc habeant intellectum,* " *tamen mens legislatoris aliud vult* " (L. 13, § 2, D. *de excus.*, XXVII, 1). Cf. il Vol. I di questo *Corso*, n. 130, pag. 968-970.

Circa la realtà di un vizio di redazione nell'art. 67, V. Saredo, *Trattato di dir. civ.*, I, pag. 363: Pacifici-Mazzoni, *Istituz.* (2ª Edizione), II, 114; Borsari, I, art. 67, § 220.

ministero sieno sentiti *a porte chiuse* (detto art. 67, § 3), e che il provvedimento pronunciato dalla Corte non contenga motivi (detto art. 67, § 5). Interessando eziandio che nella discussione siano messe a contatto le parti sole, acciocchè i loro rapporti e l'affezione reciproca naturale fra esse abbian libero il campo ad esercitare la benefica loro influenza, rendendo più facile la conciliazione, alla quale non venga a frapporre ostacoli l'intromissione di persone che guardino la vertenza dal solo punto di vista legale, si è stabilito che " non è ammesso l'intervento di procuratori " nè di altri difensori „ (detto articolo 67, § 4).

Se la conciliazione si ottenga, e ne risulti che davanti la Corte stessa sia dato il consenso contro il cui rifiuto era portato il richiamo, ne è fatta menzione nel provvedimento della Corte, che allora costituisce un vero atto formale di prestazione del consenso richiesto dalla legge. Tien luogo poi dell'atto di consenso il provvedimento col quale la Corte, accogliendo il richiamo, dichiari infondato il rifiuto del consenso, ed autorizzi perciò, non ostante la mancanza di esso, la celebrazione del matrimonio. Nell'uno e nell'altro caso la copia del provvedimento presentata all'uffiziale dello stato civile supplisce all'atto di consenso necessario per poter procedere alla celebrazione (art. 70 del Regol. approvato col R. D. 15 nov. 1865, n. 2602).

La legge non traccia, ne sarebbe stato il caso di farlo, nessuna norma positiva per determinare quando il rifiuto di consentire sia o no ben fondato, e quindi sia caso di accogliere o respingere il richiamo.

Non sono che le circostanze particolari dei casi, le quali possono somministrare elementi opportuni per la decisione, affidata unicamente, com'era naturale, alla saggezza e prudenza della magistratura giudicante.

La mancanza di mezzi di sussistenza, la scostumatezza, le infermità abituali e contagiose, e simili, potrebbero essere giudicate cause ragionevoli della negazione del consenso. In dubbio però dovrebbesi respingere il richiamo,

seguendo il principio fondamentale che, in qualunque contestazione, quando non sia pienamente dimostrato il fatto giuridico che dovrebbe formar base della domanda, questa debba essere respinta.

L'articolo 67 di cui parlammo finora, ammette il richiamo alla Corte d'appello *contro il rifiuto di consenso* degli ascendenti o del consiglio di famiglia o di tutela. Ma se, all'opposto, questi avessero acconsentito, è chiaro che non potrebb' essere lecito agli altri parenti od affini degli sposi, nè al pubblico ministero, di reclamare contro quell'atto e farlo annullare, dimostrando la sconvenienza del matrimonio a cui riguarda. La legge non ha voluto che sia preclusa ogni via a poter rimuovere un ostacolo che si opponga ingiustamente alla celebrazione del matrimonio conveniente; ma quando al contrario la volontà degli ascendenti o del consiglio di famiglia o di tutela non sia opposta, ma anzi favorevole alla celebrazione del matrimonio, non ha riconosciute ragioni sufficienti per vincolare maggiormente la libertà delle nozze, sottoponendo ad un giudizio superiore quell'atto d'autorità che gli ascendenti od il consiglio di famiglia esercitano, per mandato della legge, sulle persone dei minori, decidendo della convenienza del matrimonio che questi vogliano contrarre.

81. Il codice Francese esigeva che, dopo compiuta la maggiore età e cessato il bisogno del consenso dei genitori od ascendenti, i figli o discendenti, che volessero contrarre matrimonio, dovessero prima richiedere *il consiglio* degli ascendenti, col mezzo di un atto che dicevasi *rispettoso;* dopo il quale atto non si poteva procedere alla celebrazione del matrimonio se non era scorso un certo periodo di tempo, e dopo aver rinnovato anche, a determinati intervalli, l'atto rispettoso per *due altre volte*, qualora il figlio o discendente non avesse compiuta l'età di 30 anni se maschio, di 25 se femmina.

Questo sistema non fu adottato nel codice Italiano, sebbene ripetutamente ne sia stato fatto oggetto di studio. Parve che il vantaggio, che ripromettevasi da questi *atti rispettosi*, di dar tempo al figlio per riflettere sulla disapprovazione, da parte de' suoi genitori od ascendenti, del matrimonio ch' egli vorrebbe contrarre, sia inferiore al danno di vedere spesso conculcata e posta in non cale l'autorità degli ascendenti medesimi. Parve che la forma pubblica dell' atto rispettoso fosse contraria, anzichè favorevole, alla riconciliazione tra i genitori ed i figli (1).

82. Fu già dimostrato come, per principio generale ed assoluto, nessuna persona minore di età, quanto al matrimonio, possa contrarlo, se non ottenga il consenso di coloro dalla cui autorità essa dipenda relativamente al contratto stesso di matrimonio; e come in ordine a questo contratto (oltre alla minorità ordinaria per tutti gli atti della vita civile, quella da cui si esce col compiere il 21° anno, minorità che è comune anche pel matrimonio tanto al figlio quanto alla figlia) vi sia una minorità speciale pel figlio, il quale avendo superstiti e capaci a manifestare la loro volontà i genitori, od uno almeno di essi, si trovi avere oltrepassato il 21° anno di età, ma non compiuto il 25°, allorchè vorrebbe contrarre le nozze. Fu avvertito eziandio che per determinare quali siano le persone, di cui la legge richiede il consenso pel matrimonio dei minori di età, è necessario distinguere se questi procedano da filiazione legittima o da filiazione naturale legalmente riconosciuta o dichiarata, ovvero sieno figli di genitori ignoti. Questa distinzione di casi traccia naturalmente la divisione della teoria che è necessario svolgere, per rispondere al quesito relativo alle persone che sono chiamate dalla legge a consentire al matrimonio dei minori di età. Prima però di accingerci a queste indagini,

(1) V. Relaz. Pisanelli, lib. I, n. 15; Proc. verb. n. 6, § 5.

ci occorre ancora di fare qualche osservazione preliminare.

Dicemmo che i minori devono riportare il consenso delle persone *dalla cui autorità dipendono quanto al matrimonio*. Nè fu senza un motivo la limitazione di questa formula; la quale accenna che la legge determina *special mente*, quanto all'atto di matrimonio, le persone dalla cui autorità debbano dipendere i minori per poterlo contrarre, cosicchè queste persone possono essere diverse da quelle dalla cui autorità i minori stessi dipendano quanto agli altri atti della vita civile. Ed è veramente così. Se il minore ha superstiti i genitori, od uno almeno di essi, è soggetto alla podestà loro e ne dipende pel matrimonio ch' egli voglia contrarre, come per qualunque altro rapporto. Ma se, mancando i genitori, egli è in istato di tutela, quantunque dipenda dall'autorità del proprio tutore per la cura della persona, per la rappresentanza negli atti civili e per l'amministrazione dei beni (art. 277, codice civile), non è da lui ugualmente che dipenda quanto a riportare il consenso pel matrimonio. Se il minore ha superstite qualche ascendente, è questi che deve dargli il consenso (articolo 64, codice civile); quando anche non ne sia il tutore, o perchè siavi un tutore testamentario (art. 242, codice civile); o perchè quello non sia *l'avo* paterno nè materno, ma un ascendente ulteriore; o finalmente perchè, quantunque fosse chiamato per legge alla tutela legittima secondo l'articolo 244, non la eserciti per qualche causa d'incapacità, di esclusione, o di dispensa. Se poi il minore non ha ascendenti, non è dal tutore, ma dal consiglio di famiglia o di tutela ch' egli deve riportare il consenso pel proprio matrimonio (art. 65, 66, codice civile). Riassumendo adunque, il diritto di consentire al matrimonio dei minorenni, quando spetti ai parenti di essi, *non è collegato alla patria potestà ordinaria*, poichè da un lato si estende sopra i figli sino ai 25 anni, e dall'altro compete agli ascendenti, che pure non hanno la

podestà patria; come non è collegato neppure *alla autorità tutoria*.

Il primo dei casi di cui dovremo occuparci, nella ricerca delle persone destinate dalla legge pel consenso al matrimonio dei minori di età, vedemmo essere quello in cui questi minori procedano da filiazione legittima. Ma quale sarà dunque la condizione del figlio naturale legittimato, o del figlio adottivo? Quanto al primo è di per sè molto facile la risposta; chè la legittimazione attribuendo a chi è nato fuori di matrimonio la qualità ed i diritti di figlio legittimo (art. 194, 197, codice civile) è chiaro che il legittimato dipenderà, quanto al matrimonio in cui voglia legarsi, dalle stesse persone alla cui autorità sarebbe soggetto se fosse nato da legittimo matrimonio; dipenderà cioè dai genitori o dagli avi od avole, o dal consiglio di famiglia, secondo i casi che tra poco vedremo. Quanto poi al figlio adottivo, il codice ne tratta espressamente negli articoli 63, § u°, 65 e 66, per opportune modificazioni introdotte dalla Commissione coordinatrice negli articoli corrispondenti dei progetti ministeriale e senatorio, i quali non facevano parola del figlio adottivo. Il legislatore aveva in questo argomento da combinare due principii; il primo che l'adozione produce tra l'adottante e l'adottato, nei limiti stabiliti dalla legge, rapporti analoghi a quelli della filiazione legittima e naturale (art. 210, 211, codice civile); il secondo che l'adottato conserva tutti i diritti e i doveri verso la sua famiglia naturale (art. 212, cod. civ.).

Dalla prima di queste massime doveva seguire naturalmente, che l'adottato minorenne non potesse contrarre matrimonio senza il consenso dell'adottante; del quale, oltre al dovere di affetto e di riconoscenza che lo stringono a lui, è anche considerato come se fosse figlio legittimo e naturale. La parificazione però dell'adottato al figlio legittimo non è stata spinta fino all'estremo limite, fino a stabilire anche per l'adottato, nei suoi rapporti coll'adottante, una minorità speciale, durevole fino al compimento

del 25° anno, in ordine al matrimonio che l'adottato medesimo volesse contrarre. Si è considerato che il vincolo fittizio che sorge dall'adozione è sempre meno forte del vincolo naturale e civile ad un tempo nascente dalla filiazione legittima, che è meno forte eziandio del rapporto che lega il discendente agli avi suoi; che dunque poichè chi è maggiore di 21 anni, e non ha superstiti e capaci i genitori od uno di essi, è pienamente libero nel contrarre il matrimonio, senza bisogno di riportare il consenso degli avi che pur siano superstiti e in istato da poter manifestare la loro volontà, sarebbe incongruo che si tenesse in maggior conto che gli avi l'adottante, assoggettando al consenso di lui l'adottato pel matrimonio ch'egli volesse contrarre dopo raggiunta la maggiorità ordinaria, ma prima d'aver compiuto il 25° anno. Fu perciò che, nell'ultimo paragrafo dell'articolo 63, si disse essere necessario, oltre il consenso dei genitori, anche quello dell'adottante, pel matrimonio del figlio adottivo, solamente quando quest'ultimo *non ha compiuto gli anni ventuno.*

Dalla seconda delle accennate massime, che cioè l'adozione nulla toglie ai rapporti dell'adottato verso la sua famiglia naturale, deriva poi che il consenso che l'adottato deve ottenere pel suo matrimonio dall'adottante, non possa dispensarlo dal dovere di chiederlo e riportarlo contemporaneamente da quelli della sua famiglia legittima e naturale dai quali dipende normalmente in ordine al matrimonio. E di questa regola troviamo un'applicazione manifesta e diretta nel predetto ultimo paragrafo dell'articolo 63, poichè vi è detto che *è necessario, oltre il consenso dei genitori, il consenso dell'adottante* (1).

Premesse queste avvertenze generali, ne vedremo poscia qualche applicazione importante nell'esame particolare, a cui ora ci accingiamo, delle regole date dal codice intorno

---

(1) Circa la necessità che sia *cumulativo* il consenso dell'adottante con quello dei genitori legittimi, v. appresso n. 84 in fine.

alle persone il cui consenso è necessario pel matrimonio del minore.

83. Quando il minore che vuol contrarre matrimonio sia *figlio legittimo*, gli art. 63, 64 e 65 del codice civile determinano le persone delle quali egli deve riportare il consenso; e questa determinazione è stabilita sulla base d'una distinzione che servirà pure di guida alle nostre ricerche su questo argomento. Così divideremo la trattazione secondo questi tre casi diversi:

1° che il minore abbia superstiti e capaci i genitori od uno di essi;

2° che, in mancanza dei genitori, abbia superstiti e capaci avi od avole;

3° in fine che siano premorti od incapaci tanto i genitori quanto gli ascendenti di lui.

84. (*a*) Allorchè sieno superstiti i genitori od uno dei genitori di chi vuol contrarre matrimonio, siamo nel caso già dimostrato in cui si fa luogo *pel figlio* ad una *minorità speciale* relativa al matrimonio, la quale si protrae fino al 25° anno compiuto; mentre la figlia è maggiorenne assolutamente e senza restrizioni, per questo effetto di contrarre matrimonio come per tutti gli altri rapporti di diritto, appena abbia compiuto il 21° anno di età. Quindi è che *il figlio che non ha compiuto gli anni venticinque, la figlia che non ha compiuto gli anni ventuno*, sono in questo caso soggetti ugualmente, pel matrimonio che vogliano rispettivamente contrarre, al consenso delle stesse persone, cioè *del padre e della madre* (articolo 63, § 1, codice civile).

La formula adoperata in questa disposizione basta a dimostrare manifestamente come il consenso di *amendue i genitori* sia richiesto in modo cumulativo. Non basterebbe dunque di per sè il consenso del padre. Per quanta sia la fiducia che in lui ripone la legge, per quanta pre-

valenza siasi potuto e voluto attribuirgli nel provvedere all'onore ed agl' interessi della famiglia, sarebbe stata una ingiustizia, una immoralità ed un danno il non curarsi del consenso della madre; una ingiustizia poichè essa pure ha un interesse morale grandissimo, e può averne anche uno materiale, nell'impedire o nel permettere il matrimonio del figlio minorenne; una immoralità, giacchè la legge tollererebbe non solo, ma autorizzerebbe una grave violazione dei doveri di rispetto e di soggezione filiale; un danno infine perchè consultando la madre potranno talvolta aversi da essa avvertimenti e consigli che valgano a distogliere il figlio e il marito da un mal concepito divisamento di matrimonio.

Ma se il consenso del padre non è sufficiente di per sè, può divenirlo qualora *i genitori siano discordi* (detto articolo 63, § 1, codice civile).

Il considerare questo dissenso come equivalente sempre a consentimento od a rifiuto di amendue i genitori, sarebbe stato ugualmente contrario alla supremazia che la legge volle attribuire, nel reggere la famiglia, al padre come capo di essa. Stabilendo pertanto che " *se i genitori sono discordi è sufficiente il consenso del padre* ", si è venuto a dire che, se il padre acconsente al matrimonio del figlio minore, il dissenso della madre non basta ad impedirne la celebrazione, e se all'opposto il padre rifiuta di acconsentire, *il consenso della madre non è sufficiente;* in altri termini è sempre la volontà del padre che prevale, o consenta egli o rifiuti.

Nella discussione di questa disposizione davanti alla Commissione coordinatrice, uno dei commissari manifestò l'avviso che si arrecasse così uno sfregio alla madre, e si tendesse ad annichilirne l' influenza nella famiglia, la quale influenza dev' essere uguale a quella del marito. Ma la proposta di sopprimere l' accennata disposizione fu respinta; sull'osservazione d'un altro dei commissari, che quella massima fosse indispensabile " per evitare il dua-

“ lismo nella famiglia, la quale deve necessariamente
“ essere regolata da un solo, che non può essere che il
“ padre „ (1).

Affinchè però si faccia luogo a tale eccezione, contro la regola generale che richiederebbe il consenso sì del padre che della madre, bisogna che si verifichi questa *condizione*, che i genitori *siano discordi*, che cioè la madre rifiuti quel consenso che dal padre è prestato.

E siccome sono necessariamente di rigore quelle condizioni che la legge prescrive per l'applicazione di disposizioni eccezionali, nè d'altra parte può dirsi che *i genitori siano discordi*, se anche la madre non sia stata interpellata ed abbia opposto un rifiuto, così è manifesto che non basterebbe il consenso del padre, qualora non constasse che la madre fu consultata e ricusò di prestare il suo assenso.

Quale sarà la sanzione di questa disposizione, secondo la quale è necessario che la madre sia stata consultata affinchè il consenso del padre basti per contrarre validamente il matrimonio?

Quali saranno i mezzi per poter provare all'occorrenza che la madre fu consultata, ed il rifiuto che essa oppose?

Intorno al primo quesito, la dottrina è d'accordo nel rispondere; che la sola sanzione con la quale è assicurata la regola che vuole sia interpellata anche la madre, non ostante il consenso prestato dal padre, consiste nel non potersi dall'ufficiale dello stato civile procedere alla celebrazione del matrimonio, finchè non gli sia presentata la prova che la madre pure sia stata consultata ed essa non abbia voluto dare l'assenso, e nell'incorrere perciò lo stesso ufficiale dello stato civile nelle pene stabilite dalla legge se contravvenga (articolo 79, § 4, 124, § 2, codice civile); ma che da quella mancanza non può derivare la nullità del matrimonio. Questa massima, inse-

(1) Proc. verb. n. 6, § 6.

gnata dai commentatori del codice Francese, fu seguita anche sotto il codice Italiano (1). E sembra veramente incontrovertibile; poichè la nullità, che in questa materia non può risultare se non da disposizione testuale della legge, non è pronunciata dall'articolo 108 del codice nostro fuorchè pel caso in cui il matrimonio sia stato contratto senza il consenso degli ascendenti che *sia necessario*. Ora non può veramente dirsi necessario il consenso della madre quando, essendo il matrimonio approvato dal padre, il dissenso di lei non avrebbe potuto impedirne la celebrazione. Il che dimostra che anche secondo i motivi della legge, sarebbe illogico annullare il matrimonio, per la non richiesta di quel consenso che, anche ricusato, non ne avrebbe impedita la celebrazione col consenso del solo padre.

Quanto poi al secondo quesito, è certo che la prova del rifiuto di consenso da parte della madre non potrebbe offrirsi efficacemente all'ufficiale dello stato civile fuorchè in modo autentico; non potendo quel funzionario rendersi giudice nel valutare le prove che gli fossero presentate con altri mezzi fuor di quello d'un atto autentico dalla cui semplice ispezione risulti constatato che fu soddisfatto alla legge. Ciò d'altronde è conforme al voto della legge stessa, espresso nell'articolo 81 del codice civile, dove si esige che se il consenso degli ascendenti *non sia dato personalmente* davanti l'uffiziale dello stato civile, *consti da atto autentico*.

---

(1) Marcadé, I, art. 182, n. 647; Aubry e Rau, § 462, n.a 23; Demolombe, III, 38 e 270; Laurent, II, 312 e 457; Pacifici-Mazzoni, *Istituz.* (2a Edizione), II, 109; Ricci, *Dir. civ.*, I, 171; De-Filippis, op. cit., IX, 104 in fine.
Sembrerebbe, a prima vista, di contraria opinione il Borsari, *Comm.*, art. 108, § 287, 288. Ma, se abbiamo compreso bene il suo discorso, egli si occuperebbe in ciò non tanto della questione ora proposta (se la non interpellazione della madre produca nullità del matrimonio), quanto della altra ben distinta, e di cui ci occuperemo in altra sede, riguardante l'esercizio dell'azione di nullità per parte della madre, nel caso che il consenso non sia stato prestato a norma dell'art. 63. Le due questioni, riguardanti l'una la *causa* della nullità, l'altra le *persone* che possono promuoverne la dichiarazione, sono naturalmente indipendenti, e comportano quindi soluzione diversa.

Allo stesso modo dovrà dunque risultare di ciò che supplisce alla mancanza di consenso della madre, cioè dell'esser essa stata interpellata, consentendo d'altronde il padre.

b) " Se uno dei genitori è morto o nell'impossibilità di " manifestare la propria volontà, basta il consenso del- " l'altro (art. 63, § 2, cod. civ.) ".

È naturale che mancando uno dei due genitori, o trovandosi esso nella impossibilità di consentire, rimanga tuttavia possibile la celebrazione del matrimonio col consenso dell'altro genitore, sia poi esso il padre o la madre; poichè anche il voto di quest'ultima non è considerato dalla legge inferiore a quello del padre, se non nel caso di dissenso. Ma nella applicazione di questa norma di legge, possono presentarsi alcune difficoltà. La prima ipotesi prevista nell'art. 63, § 2, della *morte* di uno dei genitori lascia luogo a ricercare quali possano essere i mezzi di prova di questo fatto, acciò il consenso dell'altro genitore sia sufficiente. L'altra ipotesi della *impossibilità* di prestare il consenso, richiede la determinazione e delle cause, in sè, di tale impossibilità e dei mezzi di prova con cui possano essere accertate.

Circa la prima ipotesi, era opinione di alcuni, sotto il codice Francese che, mancando il mezzo regolare di prova della morte d'uno dei genitori, mezzo che dovrebbe consistere nell'esibizione dell'atto di morte ricevuto secondo i modi stabiliti dalla legge nei registri dello stato civile, potesse bastare che l'altro genitore superstite, presentandosi a prestare il consenso al matrimonio del figlio, attestasse essere avvenuta quella morte. Questa opinione fondavasi per analogia sopra un avviso del Consiglio di Stato, secondo il quale non era necessario produrre gli atti di morte *dei genitori* degli sposi, allorchè *gli avi o le avole* facessero attestazione di questa morte, e purchè di tale attestazione fosse fatta menzione nell'atto di matrimonio (1). Altri però

---

(1) Aubry e Rau, V, n. 2, 462, n^a^ 24.

professavano l'avviso contrario; osservando che il caso della morte di amendue i genitori, attestata dagli avi superstiti, era diverso e più favorevole dell'altro in cui si supponesse che uno dei genitori, presentandosi solo per consentire al matrimonio del figlio, dichiarasse la morte dell'altro genitore (1).

Per noi non sembra ammissibile la massima che l'essere attestata la morte d'uno dei coniugi dall'altro, che si presenti a prestare il consenso pel matrimonio del figlio, basti a somministrare una prova legale di quella morte, talchè si possa senz'altro procedere alla celebrazione del matrimonio stesso.

Tutti generalmente i fatti che non si verificano alla presenza dell'uffiziale dello stato civile, e dei quali essendovi necessità per poter contrarre l'union coniugale, ne vien dichiarata la preesistenza dagli sposi allorchè richiedono le pubblicazioni, devono essere constatati col mezzo di *atti autentici*, l'ispezione dei quali basti ad accertare la verità di quei fatti. È perciò che secondo l'articolo 68 del Regio Decreto 15 novembre 1865 sull'ordinamento dello stato civile, " chi richiede le pubblicazioni deve presentare gli " atti di nascita degli sposi e *tutti quegli altri documenti* " *che per le fatte dichiarazioni sono necessari affinchè pos-* " *sano unirsi in matrimonio* ".

D'altra parte le morti, come le nascite ed i matrimoni, non possono regolarmente provarsi se non cogli atti contenuti nei registri dello stato civile. Solo per eccezione, e nei casi che questi registri non siano stati tenuti, o siano stati distrutti o smarriti in tutto od in parte, o vi sia stata interruzione nella tenuta dei medesimi, può essere ammessa la prova delle nascite, dei matrimoni e delle morti, tanto per documenti e per iscritture, quanto per testimoni (art. 364, cod. civ.). — Non è a dire per questo che sia

---

(1) Demolombe, t. III, n. 40; Laurent, II, 318.

assolutamente esclusa l'ammissibilità di qualunque altro mezzo di prova della morte d'uno dei genitori, per rendere sufficiente il consenso dell'altro, quando, anche non essendosi nei casi eccezionali contemplati dall'articolo 364, codice civile, le parti si trovino però nella impossibilità di poter provare quella morte coi mezzi normali. Questa esclusione equivarrebbe ad impedire assolutamente in tale ipotesi la celebrazione del matrimonio; ciò che non è supponibile. È però provveduto abbastanza all'uopo dall'articolo 70 al n. 2 del citato Decreto 15 novembre 1865, ove è detto: che la impossibilità in cui sia l'ascendente di manifestare la propria volontà, si può provare *colla produzione di un atto di notorietà redatto nelle forme indicate dall'articolo* 80 *del codice civile, quando l'impossibilità non consti ancora altrimenti nei modi legali, come nei casi di assenza presunta, di malattia mentale ed in casi simili.*

Nel caso infatti che l'uno dei genitori fosse morto, ma non se ne potesse presentare la prova regolare colla produzione dell'estratto dai registri dello stato civile, saremmo almeno in un caso d'incertezza legale sulla esistenza della persona, e quindi di *assenza;* sicchè potrebbe bastare come prova un atto di notorietà, secondo il detto articolo 70 del Decreto 15 novembre 1865, n. 2602. Il quale articolo d'altronde, dopo avere stabilito che, se gli sposi abbisognano del consenso altrui per contrarre il matrimonio, devono far constare la prestazione di quel consenso o provare l'impossibilità in cui è l'ascendente di manifestare la sua volontà, prosegue dicendo: che tale impossibilità si prova coi documenti relativi, se consta già in modo legale, o in caso contrario con atto di notorietà. E ciò basta a dimostrare che il caso di morte, non risultante dagli atti dello stato civile, deve pure comprendersi fra quelli in cui non potendosi ottenere la prestazione del consenso, nè provare coi modi legali ordinari quella impossibilità, si può supplire coll'atto di notorietà, sebbene il § 2° dell'articolo 70 predetto, prevedendo soltanto *id quod plerumque fit,* non

abbia espressamente menzionato il caso della morte, la cui prova risulta ordinariamente dai registri di stato civile.

Venendo ora alla seconda delle ipotesi sovraindicate, troviamo che la *impossibilità*, nella quale uno dei genitori si trovi, di manifestare la propria volontà è parificata alla morte di lui, quanto a rendere sufficiente il consenso dell'altro genitore pel matrimonio del figlio.

Quali sieno poi le cause dalle quali quella impossibilità possa derivare, non è definito dal testo della legge, nè sarebbe stato prudente ch'essa si occupasse di farlo, per l'inconveniente di escludere alcuni casi contingibili e per la impossibilità di prevederli tutti. Era una questione tutta di fatto, e tornava meglio l'abbandonarla totalmente alla prudenza dei magistrati. Così vediamo il già citato art. 70 del Decreto 15 novembre 1865 annoverare *dimostrativamente* alcuni dei casi in cui si può verificare la impossibilità per uno dei genitori di manifestare la propria volontà sul matrimonio che il figlio vorrebbe contrarre, ma aggiungere poi la espressione — *ed in casi simili* — per togliere ogni dubbio che quella enumerazione di casi si volesse riguardare come *tassativa*.

Ciò che può dirsi in generale è, che occorre una impossibilità vera e completamente provata di esprimere la propria volontà, nè basterebbe a produrre lo stesso effetto la *difficoltà*, per quanto grave, che si riscontrasse.

Del resto quella impossibilità può derivare da una causa fisica o da una causa legale; da una causa fisica, come sarebbe l'assenza, il vizio di mente, ancorchè per esso non fosse stata pronunciata l'interdizione; da causa legale come per l'interdizione giudiziaria, ed anche per l'interdizione legale in conseguenza di condanna penale.

L'*assenza* è contemplata espressamente, nel più volte citato art. 70 del Decreto 15 novembre 1865, fra le cause che producono impossibilità di manifestare la propria volontà; e ciò è evidentemente esatto. È pure espressamente menzionata tanto *l'assenza dichiarata* quanto *l'assenza pre-*

sunta; ed anche questo è evidentemente giusto, poichè l'una e l'altra ugualmente rendono impossibile agli sposi il procurarsi il consenso della persona che s'ignora se e dove esista. Ma all'assenza vera non potrebbesi paragonare neppure in ciò la semplice *non-presenza;* la quale renderebbe più o meno difficile, ma, generalmente almeno, non impossibile il riportare il consenso della persona lontana. Tuttavia, in casi e circostanze eccezionali, anche una impossibilità vera potrebbe verificarsene; come ad esempio se fossero interrotte le comunicazioni per guerra, contagio od altro. Spetterebbe ai tribunali di valutare queste circostanze, e riconoscere se ne risultasse per uno dei genitori la impossibilità vera di esprimere il proprio consenso (1). — Parve ad un eminente scrittore moderno di poter combattere questa dottrina, osservando che nel linguaggio legale non può mai ritenersi compresa nella *assenza* la semplice *non presenza;* che d'altronde il testo (art. 149, codice Francese) dichiara che basta il consenso di uno dei genitori, non già quando sia impossibile *di procurarsi* il consenso dell'altro, ma quando sia impossibile a questo *di manifestare* la sua volontà; mentre in caso di semplice lontananza può verificarsi soltanto una impossibilità della prima specie e non della seconda; che dunque, di fronte al testo, è affatto arbitraria la concessione in esame (2). — Sembra però che in questa argomentazione sia applicato con rigore eccessivo il criterio della interpretazione strettamente letterale. Già è da notare che, volendo distinguere la impossibilità da parte di un genitore di *manifestare* la propria volontà, dalla impossibilità che vi sia di *procurarsi* il consenso di lui, e supponendo pure che soltanto la prima corrisponda ai termini dell'art. 63, si verrebbe così a sacrificare completamente alla espressione letterale lo scopo e lo spirito della legge stessa, invece di

(1) Demolombe. III, 42; Pacifici-Mazzoni, *Istituz.* (2ª Edizione), II, 109; Borsari, I, art. 64, § 215; Ricci, *Dir. civ.*, I, 76.
(2) Laurent, II, 313.

contemperare l'una coll'altro (art. 3, Disp. preliminari, codice civile). Ora lo scopo generale della legge è qui di non precludere assolutamente la via alla conclusione dei matrimoni, qualora le circostanze non consentano di ottenere l'assentimento di amendue i genitori. E di fronte a ciò, la impossibilità in cui si trovi il genitore, in caso di guerra, contagio e simili, di *trasmettere* il proprio consenso, può bene equivalere alla impossibilità personale di manifestarlo; poichè la stessa manifestazione di volontà non può non considerarsi principalmente nella *comunicazione* fatta da colui che la emette a colui cui è diretta. Si aggiunga poi, di fronte al testo medesimo, che l'art. 63, codice civile, parla di impossibilità a manifestare il consenso, senza però specificarne le cause. E la sua disposizione va completata, per noi, coll'art. 70 del R. Decreto sull'ordinamento dello stato civile, il quale dichiara: “ Tale im-“ possibilità si prova..... 2° Colla produzione di un atto di “ notorietà redatto nelle forme indicate nell'art. 80 del “ codice civile, quando l'impossibilità *non consti altrimenti* “ *nei modi legali, come nei casi di assenza presunta, di ma-* “ *lattia mentale, ed in casi simili* „. — Locuzione la quale dimostra chiaramente essere ammessa, come causa di impossibilità a prestarsi il consenso dell'un genitore, anche quella che risulti da casi *simili* all'assenza *presunta* (1).

Nel caso d'*alienazione mentale*, per la quale non sia ancora stata pronunziata interdizione, bisogna — come insegna il *Marcadé* — distinguere “ Se la infermità presenta “ dei lucidi intervalli, non si può dire che al genitore col-“ pito da questa infermità sia impossibile il manifestare la “ volontà sua. Si deve approfittare d'uno di questi inter-“ valli per chiederne ed ottenerne il consenso.

“ Che se la mancanza di ragione è continua o quasi, “ è il caso di applicare il nostro articolo (149 del codice

---

(1) Circa il valore da attribuirsi alla parola *assenza*, nelle disposizioni della legge, v. il vol. IV di questo *Corso*, n. 138, pag. 477.

" Francese corrispondente al 63, § 2 del codice Italiano)
" e si sarà dispensati dal riportarne il consenso somministrando la prova dello stato di lui „ (1).

In questo stesso caso però, rimarrebbe la difficoltà concernente il *mezzo di prova*, da cui debba risultare lo stato di infermità mentale, non accompagnato da interdizione. Su ciò discordano gli autori francesi; ritenendo alcuni che sia sufficiente un atto di notorietà, altri all'opposto che sia indispensabile far precedere un *giudizio regolare di interdizione*, e altri, con un termine medio, ritenendo che basti un giudicato *constatante il fatto* della alienazione mentale (2). — Per noi, anche tale questione è risoluta dal citato art. 70 del R. Decreto sull'ordinamento dello stato civile, il quale stabilisce che la impossibilità per uno dei genitori di prestare il consenso al matrimonio, si prova: " 1° Colla *produzione dei relativi documenti*, quando essa " consti già in modo legale, come..... nella *interdizione pronunciata* e in altri casi simili; — 2° *Colla produzione di un atto di notorietà*, quando la impossibilità non consti " ancora nei modi legali, come nei casi..... di *malattia mentale* ed in casi simili „.

L'interdizione giudiziale per abituale infermità di mente rende la persona incapace, agli occhi della legge, di avere una volontà. Ne deriva dunque necessariamente la *impossibilità legale* di prestare il consenso, quand'anche si verifichino in fatto dei lucidi intervalli nella infermità mentale.

Lo stesso effetto produrrebbero pure le condanne penali che traggono seco *l'interdizione legale* del condannato; poichè questa interdizione produce le stesse conseguenze della interdizione giudiziaria in ordine alla capacità della persona.

Anche su ciò rimane incerta la dottrina francese (3). Ma le disposizioni della legge nostra sembrano realmente

(1) Marcadé, art. 149, § 3, t. I, n. 527.
(2) Cf. Demolombe, III, 43; Laurent, II, 314 in fine.
(3) Cf. Aubry e Rau, V, § 462, 2°, 1, n^{a} 27; Demolombe, III, 44; Laurent, II, 314 in prima.

togliere il campo alla controversia. L'articolo 33 del nuovo codice penale italiano (più chiaramente ancora dell'art. 3, Disposiz. transit. pel cod. civ.) stabilisce che le condanne penali maggiori portano seco la *interdizione legale* del condannato, privandolo altresì della patria podestà, della *autorità maritale* e della *capacità di testare*. Quest'ultima decadenza toglie anzi al condannato anche quel diritto che gli era espressamente riservato nell'art. 3 delle citate Disposizioni transitorie. Ora, dato questo sistema di maggior rigore, sarebbe evidentemente inammissibile la supposizione che al condannato stesso rimanesse nonostante attribuito il potere importantissimo e delicato di consentire al matrimonio dei figli minorenni; potere il quale se non è essenzialmente collegato alla patria podestà *ordinaria* (sopra, n. 82, p. 310), rientra però necessariamente negli attributi della *autorità* paterna, e suppone quindi la persistenza di questa, che invece vien tolta, assieme alla autorità maritale, per effetto delle condanne penali maggiori. — Più certa ancora sarebbe tale soluzione, nel caso di reato di corruzione o prostituzione dei figli; poichè l'art. 349 dello stesso codice penale dichiara che la condanna per tali delitti " ha per effetto, quanto agli ascendenti, *la perdita di " ogni diritto, che per tale qualità, sia loro conceduto dalla " legge sulle persone e sui beni dei discendenti*, a pregiudizio " dei quali abbiano commesso il delitto ".

Altrettanto dovrebbe dirsi, nel caso in cui per abuso della patria podestà, fosse stato dato dal tribunale, a termini dell'art. 233, cod. civ., *un tutore alla persona* del figlio, poichè allora questi sarebbe con ciò sottratto all'autorità paterna. Ma non così sarebbe quando *per mala amministrazione delle sostanze del figlio* fosse stato dato a quest'ultimo, a tenore del medesimo art. 233, un *curatore ai beni*, poichè ciò non pregiudicherebbe agli attributi della patria podestà per quanto riguarda *l'autorità sulla persona* del figlio (1).

---

(1) V. anche Pacifici-Mazzoni, *Istit.* (2ª Ediz.), II, 109, pag. 135, nota.

In ordine ai modi coi quali l'impossibilità in uno dei genitori a prestare il consenso pel matrimonio del figlio possa essere *provata*, l'articolo 70 del R. Decreto 15 novembre 1865, nel suo secondo paragrafo, fa una distinzione importante e giusta (già toccata in precedenza) tra il caso in cui si tratti d'una *impossibilità legale* che con mezzi ugualmente legali possa provarsi, e quello d'una *impossibilità di fatto* non risultante da prove legali preesistenti.

Nel primo caso la prova non può essere somministrata fuorchè mediante la *produzione dei documenti* dai quali l'impedimento legale è constatato; come la sentenza dichiarativa dell'assenza, quella che ha pronunciata l'interdizione per abituale infermità di mente, quella che ha pronunciata la condanna portante interdizione legale.

Nel secondo caso poi i fatti dai quali l'impossibilità di prestare il consenso derivi, non possono essere provati con qualunque dei mezzi ordinari, dei quali l'uffiziale dello stato civile non potrebbe esser costituito giudice. Bisognava dunque che fosse procacciato un modo pel quale la constatazione di quei fatti potesse risultare da un documento, la cui semplice ispezione bastasse all'ufficiale dello stato civile, per riconoscere che si fa luogo a ritenere impossibile per l'uno dei genitori il manifestare la propria volontà intorno al matrimonio che il figlio vuol contrarre, e per ammetterne quindi la celebrazione in seguito al solo consenso dell'altro genitore. A ciò provvide appunto il § 2° del ridetto articolo 70 del Decreto 15 novembre 1865, colla disposizione già sopra testualmente riferita del n. 2; nel quale si stabilisce che dovrà essere formato, e presentato poscia all'ufficiale dello stato civile, un *atto di notorietà* ricevuto dal pretore sulla dichiarazione giurata di cinque testimoni, e colle altre forme stabilite dall'articolo 80 del codice civile.

Provata nei modi ora detti l'impossibilità fisica o legale della manifestazione di volontà d'uno dei genitori " *basta* " dice l'articolo 63, § 2 — *il consenso dell'altro* „.

Ed è chiaro per gli stessi termini testuali di questa disposizione, ed è d'altronde conforme a ragione, che non debbasi distinguere se l'altro genitore capace a prestare il consenso sia il padre o piuttosto la madre, nè se quest'ultima sia o no passata a seconde nozze, e nel caso che vi sia passata, se abbia conservata o no l'amministrazione dei beni del figlio (art. 237, 238, codice civile).

Anche in quest'ultimo caso, infatti, la madre non perde la patria podestà, ma solo gli attributi di essa che riguardano l'*amministrazione*, e conserva perciò l'*autorità sulla persona* del figlio, salve le speciali condizioni che anche riguardo all'*educazione* dei figli possono esserle prescritte dal *consiglio di famiglia*.

Chiuderemo questo tema, ricordando che — sia nel caso che pel matrimonio di un figlio minorenne debba richiedersi il consenso di amendue i genitori, sia nel caso che basti il consenso di uno solo di essi — può talvolta essere necessario di riportare l'assentimento anche di qualche altra persona; poichè: — “ Al matrimonio del *figlio adot-* “ *tivo*, che non ha compiuto gli anni ventuno, è neces- “ sario, oltre il consenso dei genitori, il consenso del- “ l'adottante „ (art. 63, § 3, codice civile).

Di questo furono già sopra dimostrati i motivi ed il senso (1).

Qui resta solo di osservare che essendo richiesto in modo cumulativo il concorso del *consenso dell'adottante oltre a quello dei genitori dell'adottato*, senza dare prevalenza di sorta alla volontà dell'uno su quella dell'altro, sarebbe un mero arbitrio il creare questa preferenza che non ha radice nella legge; la quale anzi rimarrebbe sostanzialmente violata nella sua lettera e nel suo spirito, se mentre esige il concorso delle volontà di tutte queste persone ad un tempo, si ritenesse bastare l'una quando l'altra fosse in senso contrario. Allorchè la legge ha voluto stabilire somiglianti

---

(1) V. n. 82 in fine.

preferenze non ha mancato di dichiararlo esplicitamente (art. 63, § 1, in f., 64, cod. civ.); qui, dove ha taciuto, ha dimostrato abbastanza di volere perfetta uguaglianza tra i genitori e l'adottante. Il dissenso fra loro, o siano poi i genitori legittimi e naturali, o sia l'adottante che rifiuti d assentire, non equivale a consenso, ma rende impossibile la celebrazione del matrimonio, salvo sempre, s'intende, il richiamo alla corte di appello, a cui si fa luogo a tenore dell'art. 67, cod. civ. (1).

85. *c*) Il caso nel quale, mancando i genitori del minore che vuol contrarre matrimonio, siano superstiti e capaci gli avi od avole di lui, è regolato dall'art. 64 del codice civile, colle seguenti disposizioni:

" Se il padre e la madre fossero morti o nella im-
" possibilità di manifestare la loro volontà, i minori degli
" anni ventuno non possono contrarre matrimonio senza
" il consenso degli avi o delle avole: se l'avo e l'avola
" della medesima sono discordi, basta il consenso dell'avo.
" Il disparere tra le due linee equivale a consenso ".

I motivi fondamentali di questa disposizione combinano manifestamente con quelli pei quali fu richiesto che il matrimonio delle persone minori di età sia subordinato al consenso d'altri. Nell'interesse dei minori stessi, nulla poteva esservi di meglio che affidare la protezione di loro, in un atto di tanta importanza, agli avi che, dopo i genitori, presentano nel sentimento naturale di affezione verso i proprii nipoti, e nella loro esperienza, le migliori garanzie che possano desiderarsi.

---

(1) Astengo ed altri, op. cit., art. 63, § 5, t. I, pag. 490; Borsari, articolo 64, § 212, B. In senso contrario, Pacifici-Mazzoni, *Istituz.* (2ª Ediz.), II, 109, pag. 135, nª 2; il quale anzichè attenersi alla dichiarazione testuale dell'art. 63, § 3, speciale al caso dell'adottante, e che esige il consenso di lui, *oltre* quello dei genitori — crede di poter trovare nell'altra disposizione dell'art. 63, § 1, un argomento *di analogia* (?) per concludere che il parere del padre legittimo, come prevale su quello della madre, debba pure prevalere su quello dell'adottante, in caso di disaccordo.

Quanto poi all'interesse ed all'onore della famiglia, non potevano esserne designati protettori più naturali; tanto più che negli effetti derivanti dal matrimonio dei loro nipoti, gli avi hanno anche impegnati degl'interessi proprii personali e diretti, sia pel diritto e per l'obbligazione reciproca degli alimenti fra ascendenti e discendenti (articoli 138, 139, cod. civ.), sia pei diritti di successibilità e di legittima (art. 736, 739, 740, 805, 806, 807, cod. civ.).

L'art. 150 del codice Francese, corrispondente a questo art. 64 del codice nostro, diceva che “ se il padre e la “ madre fossero morti, o si trovassero nella impossibi- “ lità di manifestare la loro volontà, gli avi e le avole “ *subentrano in loro luogo* „. Dal che derivava che, come i genitori pel matrimonio dei figli, così gli avi per quello dei nipoti fossero chiamati dalla legge a prestare il consenso anche dopo che i detti figli o nipoti fossero giunti alla maggiorità ordinaria, finchè non avessero compiuto il 25° anno; mentre la figlia o la nipote non aveva più bisogno del consenso dei genitori o degli avi dopo compiuti i 21 anni. E ne derivava del pari che avessero da considerarsi distintamente le due linee paterna e materna, per guisa che i più prossimi ascendenti paterni rappresentassero il padre, ed i più prossimi ascendenti materni rappresentassero la madre.

La stessa locuzione del codice Francese era pure stata adottata nei due progetti, ministeriale e senatorio, del codice Italiano.

Fu la Commissione di coordinazione che a quelle espressioni — *gli avi e le avole subentrano in loro luogo* — sostituì le altre — “ *i minori degli anni ventuno non possono* “ *contrarre matrimonio senza il consenso degli avoli e delle* “ *avole* „; — e ciò in conseguenza della deliberazione che fu presa, pei motivi già sopra riferiti (1), di richiedere per lo sposo, fino a che non avesse compiuti i 25 anni,

(1) V. n. 78, pag. 290-292.

il consenso dei genitori, ma solo fino a 21 anni quello degli avi. La innovazione che si volle fare limitavasi però a questo; nè s'intendeva nel resto di abolire la massima stabilita dal codice Francese, che dovessero considerarsi separatamente le due linee ascendentali paterna e materna, come rappresentanti l'una il padre e l'altra la madre. Ne abbiamo una prova evidente in ciò, che non si fece nessun cangiamento alle due regole date successivamente nel medesimo articolo, le quali derivano come conseguenze da quel principio generale della distinzione delle due linee; che cioè " se l'avo e l'avola *della medesima linea* sono " discordi, basta il consenso dell'avo „ e che " il *dispa-* " *rere tra le due linee* equivale a consenso „.

Di questa osservazione, appoggiata alla genesi del nostro art. 64, vedremo ora qualche importante conseguenza. Ma prima è necessario avvertire, che quando nell'articolo predetto parlasi di *avi* e di *avole*, s'intende di riferirsi anche ai bisavi, bisavole ed ascendenti ulteriori. Quelle parole *avi ed avole* sono generiche; ne sono una derivazione, e vi si trovano quindi comprese, quelle di *bisavi*, *bisavole*, ecc.

D'altronde i motivi di richiedere il consenso dei bisavoli od ascendenti ulteriori sarebbero gli stessi che per gli avoli; e se la legge non ha tolto ogni dubbio con una dichiarazione espressa, fu forse perchè i casi in cui, premorti i genitori e gli avi, siano superstiti gli ascendenti ulteriori di chi sta per contrarre matrimonio, non possono essere che rarissimi.

Infine poi gli art. 67 e 81 del codice civile confermano pienamente questa interpretazione dell'art. 64, poichè riferendosi anche ad esso, parlano di *consenso degli ascendenti* in genere. — Così questa interpretazione, accolta unanimemente dalla dottrina Francese, fu anche adottata dalla Commissione di coordinazione (1).

(1) Astengo ed altri, op. cit., art. 64, § 3, t. I, pag. 492; Pacifici-Mazzoni, op. cit., II, 109, pag. 136; Borsari, I, art. 64, § 217; Ricci, *Dir. civ.*, I, 77.

Ciò posto si può domandare se tra gli ascendenti, *i più prossimi debbano escludere i più remoti*, pel consenso che essi abbiano a prestare al matrimonio dei discendenti.

La teoria che fu sopra dimostrata, riguardo alla distinzione delle due linee paterna e materna, ed al rappresentare ch'esse fanno separatamente il padre e la madre, renderebbe facile la soluzione del dubbio sopra esposto. In ciascuna linea l'ascendente più prossimo escluderebbe il più remoto, di guisa che il bisavo paterno, p. es., non sarebbe chiamato a prestare il consenso quando fosse superstite e capace l'avola paterna. Ma da una linea all'altra l'ascendente più prossimo non escluderebbe il più rimoto; cosicchè se nella linea materna, p. es., non fosse superstite che il bisavo, egli avrebbe a prestare il consenso insieme all'avo paterno. E di questo, oltre a prestarvisi il testo della legge, avvi anche una eccellente ragione a giustificarlo; imperocchè l'interesse a giudicare sulla convenienza del matrimonio che il minore vorrebbe contrarre, e ad impedirlo se sia sconveniente, sussiste tanto per la famiglia materna quanto per la paterna; nè sarebbe giusto che la circostanza fortuita della sopravvivenza di ascendenti più prossimi in una linea che nell'altra, impedisse a questa di avere chi la rappresentasse e ne tutelasse gl'interessi e l'onore (1). — Non sembra quindi adottabile la dottrina contraria, che sull'insegnamento di qualche autore francese è stata accolta da taluni interpreti del codice nostro (2).

Non vale l'argomento dedotto in favore di questa opinione dall'art. 252, § 2, cod. civile; poichè già sappiamo che i principii regolatori della materia di cui ora trattiamo sono diversi affatto da quelli della tutela, sicchè non è lecito argomentare per analogia dagli uni agli altri (sopra, n. 82). — Neppure vale l'osservare che *i genitori esclu-*

(1) Marcadé, I, art. 150, n. 532; Demolombe, III, 49; Laurent, II, 317 in fine; De-Filippis, *Corso di dir. civ.*, IX, 106 in fine.

(2) Aubry e Rau, V, § 462, nª 30; Demante, I, 211bis, II; Pacifici-Mazzoni, op. cit.; Borsari, loc. cit.; Ricci, I, 77 in fine.

dono gli avi, e il dedurne che sarebbe perciò incongruo se *gli avi* di una linea non escludessero, allo stesso modo, *i bisavi* dell'altra. Secondo noi, è incongruo, all'opposto, istituire un parallelo fra la situazione dei genitori rispetto agli avi, e quella degli avi rispetto ai bisavi, per quanto concerne il consenso al matrimonio dei figli di quei genitori. È naturale infatti che i genitori, pel rapporto strettissimo in cui sono coi figli, e per la potestà paterna che ad essi soli compete, escludano gli avi; ma certamente non vi è una ragione uguale o somigliante, perchè gli avi di una linea escludano i bisavi dell'altra. Forse l'equivoco della dottrina contraria dipende qui dal considerare soltanto la distanza rispettiva dei gradi di parentela, senza riflettere alla natura e allo scopo speciale dell'atto di consentire al matrimonio dei figli; ritenendo perciò, a torto, che la stessa preferenza che hanno i genitori rispetto agli avi in ordine a quest'atto, debba pure esistere per gli avi di una linea rispetto ai bisavi dell'altra; mentre il testo medesimo dell'art. 64 dimostra che la legge considera, indeterminatamente, gli ascendenti come appartenenti alle due linee, senza preponderanza dell'una sull'altra in ragione della prossimità maggiore o minore di grado.

Fra gli ascendenti che rappresentano una sola linea, paterna o materna, è mantenuta la preponderanza del sesso maschile; di guisa che, come è detto in fine del primo paragrafo dell'art. 64 " se l'avo e l'avola della medesima " linea sono discordi basta il consenso dell'avo „. La qual massima è perfettamente razionale; poichè tra l'avo e l'avola d'una stessa linea, non meno che tra il padre e la madre, sarebbe contrario ai rapporti coniugali come la legge li ha regolati, il ritenere che il consenso dell'avola bastasse non ostante il dissenso dell'avo, o che il consenso di questo non bastasse se l'avola dissentisse.

Ma ogni preponderanza di sesso scompare allorchè il disaccordo si manifesti, non già tra gli ascendenti di una medesima linea, ma tra l'una linea e l'altra; imperocchè,

nel confronto istituito tra esse, non si può ragionevolmente tener conto di ciò che una linea rappresenti la volontà del padre, l'altra quella della madre; mentre, premorti od incapaci il padre e la madre, l'autorità delle due linee ascendenti è perfettamente uguale, come uguale è l'interesse materiale e morale ch'esse possono avere ad impedire un matrimonio sconveniente che il discendente volesse contrarre. Il conflitto tra il voto d'una linea e quello dell'altra è quindi sciolto dal codice nel senso più favorevole alla celebrazione del matrimonio, dichiarando che " Il disparere tra le due linee equivale a consenso „ (art. 64, § 2, cod. civ.).

Le stesse norme sarebbero congruamente applicabili al caso in cui gli ascendenti superiori all'avo in una delle due linee, paterna o materna, fossero più nello stesso grado; p. es., i due genitori dell'avo paterno od i due genitori dell'avola paterna. Allora pure, se fossero discordi tra loro il padre e la madre dell'avo paterno, o dell'avola paterna, basterebbe il consenso del primo; se fossero discordi i due rami della linea ascendentale paterna, perchè, p. es., i due genitori dell'avola paterna acconsentissero, mentre i genitori dell'avo paterno negassero l'assenso, questo disparere tra i due rami equivarrebbe a consenso.

In tal modo si avrebbe per ultimo risultato un parere solo per ciascuna delle due linee, e si farebbe così luogo all'applicazione della regola sancita dall'ultimo paragrafo dell'art. 64 (1).

Un'ultima osservazione ci accade di dover fare intorno a questo articolo; il quale non fa menzione alcuna dell'*adottante*, in presenza degli ascendenti, mentre il precedente art. 63 richiede il consenso di lui in concorso anche dei genitori legittimi dello sposo minorenne. — Da ciò un trattatista italiano aveva dedotto che l'adottante escludesse gli avi e le avole dal consentire al matrimonio dei loro

(1) Marcadé, art. 150, § 4, t. I, n. 533; Demolombe, t. III, n. 30.

nipoti; conclusione che fu però da lui stesso ulteriormente abbandonata (1).

In verità non vi è fondata ragione per sostenere che il consenso degli avi ed avole sia richiesto solo sussidiariamente, in mancanza cioè dell'adottante. Ciò sarebbe contrario anzitutto al principio generale sancito nell'art. 212, secondo cui " *l'adottato conserva tutti i diritti e doveri verso la sua famiglia naturale* „. Nè il testo dell'articolo 64 offre bastante argomento per introdurre una deroga a questo principio; poichè se esso serba il silenzio circa la necessità che il consenso dell'adottante concorra con quello degli ascendenti, ciò si spiega naturalmente, in quanto è logico, nè occorreva dire, che gli avi ed avole, subentrando, pel minore di anni 21, in luogo del padre e della madre, debbano trovarsi a fronte dell'adottante nella stessa posizione attribuita ai genitori. Ma sarebbe invece al tutto incoerente che gli avi e le avole, tutori naturali dell'interesse e dell'onore della famiglia che da essi discende, venissero privati della autorità che a loro è conferita dalla legge, per trovarsi a fronte di una persona che solo per una finzione legale è paragonata al genitore. Meno ancora potrebbe fondarsi questa esclusione sopra un argomento tratto dall'art. 65, il quale, rispetto ai figli naturali, richiede il consenso del consiglio di tutela, *in mancanza di genitori e di adottante;* poichè ciò è null'altro che una conseguenza della massima che i figli *naturali* non hanno rapporti giuridici coi parenti dei loro genitori (2); ed è ovvio quindi che i figli naturali debbano dipendere soltanto, anche quanto al matrimonio, dai genitori, dall'adottante, e in mancanza, dal consiglio di tutela; senza che dunque

---

(1) Pacifici-Mazzoni, *Istituz.* (2ª Edizione), II, 109 in fine; Astengo ed altri, op. cit., art. 65, pag. 493; De-Filippis, op. cit., IX, 107.

La esclusione degli ascendenti, in [illegible]senza dell'adottante, sembra essersi sostenuta ancora, argomentando da[illegible]mini dell'art. 64, dal prof. Buniva, op. cit., I, pag. 156-157.

(2) V. sopra, n. 5, pag. 18-21.

possa argomentarsi per analogia dai figli naturali ai figli legittimi.

86. *d*) " Se non esistono genitori, nè adottante, nè " avi nè avole, o se niuno di essi è nella possibilità di ma- " nifestare la propria volontà, i minori degli anni ventuno " non possono contrarre matrimonio senza il consenso del " consiglio di famiglia „.

Così dice l'articolo 65: intorno al quale, dopo le cose già esposte, basteranno brevissime osservazioni. La prima, che la soggezione dei minorenni al consenso del consiglio di famiglia — quando manchino genitori, adottante ed avi — è limitata, indistintamente pei maschi e per le femmine, sino agli anni 21 (1). La seconda, che per l'autorizzazione a contrarre matrimonio, essi sono sottoposti precisamente al consiglio di famiglia, e non alla persona che eserciti sovr'essi l'autorità tutoria (2). La terza, che in mancanza dei genitori e degli ascendenti, anche l'adottante basta perchè non sia necessario ricorrere al consiglio di famiglia per ottenerne l'assenso. L'esistenza dell'adottante non può togliere la necessità del consenso degli avi o delle avole, come si è veduto (numero precedente). Ma questa persona ha pur dato prova di tanto affetto verso chi ha voluto prendere come proprio figlio, da non potersi dubitare di preferirla al consiglio di famiglia, composto spesso di lontani parenti o di estranei.

Il consenso del consiglio di famiglia si dà mediante atto di deliberazione che contenga le indicazioni volute dall'articolo 81 del codice civile. In caso di rifiuto, può farsi luogo a reclamo, a norma dell'art. 67 (3).

87. Poichè è stabilito nell'interesse del minore, e per preservarlo dai pericoli di una determinazione irriflessiva

---

(1) V. sopra, n. 78, pag. 292.
(2) V. sopra, n. 82, pag. 309-310.
(3) V. sopra, n. 80, pag. 301 e seg.

ed appassionata circa l'atto più importante della sua vita, ch'egli debba riportare, pel matrimonio che voglia contrarre, il consenso delle persone dalla cui autorità dipende (1); e poichè anche la filiazione *naturale*, quando sia riconosciuta legalmente o giudizialmente dichiarata (v. articoli 179, 180, 181, 182, 192, codice civile), produce l'effetto di sottomettere il figlio all' autorità dei genitori naturali, ai quali è attribuita sopra di lui una *tutela legale* che ha comuni le attribuzioni e gli effetti colla patria potestà civile dipendente da filiazione legittima, meno il diritto d'usufrutto legale sui beni del figlio (art. 184, codice civile); era conseguente che il figlio naturale fosse soggetto all'autorità dei genitori dai quali fu riconosciuto o di cui fu dichiarato giudizialmente figlio, anche quanto a riportarne il consenso pel matrimonio che egli volesse contrarre.

Da ciò è derivata la massima stabilita nel primo paragrafo dell'articolo 66, secondo il quale " La disposizione " dell'articolo 63 è applicabile ai figli naturali legalmente " riconosciuti ".

Dall'essere resa congruamente applicabile la disposizione dell'articolo 63, cioè il complesso di tutte le norme regolatrici del consenso dei genitori al matrimonio dei figli legittimi minori di età, discendono adunque le massime seguenti:

1° che anche il figlio naturale, legalmente riconosciuto o giudizialmente dichiarato tale, *che abbia viventi e capaci amendue i genitori naturali od uno di essi*, si reputi minorenne quanto al matrimonio, e quindi abbia bisogno del consenso dei genitori medesimi, infino a che non abbia compiuti gli anni venticinque: mentre la figlia è maggiorenne e perfettamente e liberamente capace, pel matrimonio come per gli altri atti della vita civile, all'età ordinaria di 21 anni compiuti;

---

(1) V. sopra, n. 78, pag. 288.

2° che quando il riconoscimento sia stato fatto da amendue i genitori, o siavi per l'uno o per l'altro o per ambidue la dichiarazione giudiziale equivalente (art. 189, 190, cod. civ.) debba esser chiesto tanto alla madre quanto al padre il consenso pel matrimonio del figlio naturale minorenne;

3° che però in caso che i genitori siano discordi, basti il consenso del padre;

4° che quando il riconoscimento o la dichiarazione giudiziale sia di uno solo dei genitori, non avendosene veruno effetto fuorchè per lui solo, e non mai per l'altro genitore (art. 182, cod. civ.), spetti unicamente a quello a cui è così riconosciuta la qualità di genitore naturale, il prestare il consenso al matrimonio del figlio; indifferente, del resto, che sia il padre o la madre;

5° che parimente se, essendovi riconoscimento o dichiarazione giudiziale per amendue i genitori naturali, uno di essi però sia morto o sia nella impossibilità di manifestare la propria volontà, basti il consenso dell'altro;

6° che pei figli adulterini od incestuosi non potendo aver luogo un riconoscimento legale (art. 180, cod. civ.) nè una dichiarazione giudiziale (art. 193, cod. civ.), non sia per essi dai genitori illegittimi che debbasi prestare il consenso al matrimonio, sebbene la paternità o maternità adulterina od incestuosa risulti indirettamente da sentenza civile o penale, o dipenda da un matrimonio dichiarato nullo, o sia constatata da esplicita dichiarazione in iscritto dei genitori;

7° infine che qualora il figlio naturale sia stato adottato da altra persona, sia necessario pel matrimonio di lui, *finchè non abbia compiuto il ventunesimo anno*, oltre il consenso del genitore o dei genitori da cui fu riconosciuto, anche il consenso dell'adottante.

" In mancanza di genitori viventi e di adottante capaci " di consentire — così prosegue lo stesso 1° paragrafo del- " l'art. 66 — il consenso sarà dato dal consiglio di tutela ".

Da ciò risulta, in primo luogo, che quando si tratti di un figlio naturale, legalmente riconosciuto o giudizialmente dichiarato tale, e siano premorti od incapaci a manifestare la loro volontà i genitori od il genitore da cui fu fatto il riconoscimento, o contro cui fu pronunciata la sentenza dichiarativa della filiazione naturale, ma quel figlio sia stato adottato da altra persona ancora superstite e capace, sarà di questa persona che egli dovrà riportare il consenso, finchè sia minore dei 21 anni compiuti, nè sarà punto necessario che ottenga il consenso del consiglio di tutela. Si è applicato anche qui, per identità, o fors'anche per superiorità di motivi, ciò che l'articolo 65 ha stabilito pei figli legittimi; pei quali non ha richiesto il consenso del *consiglio di famiglia* se non in mancanza, non solo dei genitori o degli avi, ma anche dell'adottante (1).

Ma quando siano premorti od incapaci a manifestare la loro volontà i genitori od il genitore naturale, e manchi o sia premorto od incapace anche l'adottante, non si ricorre già, pel minore di 21 anni, al consenso dei genitori od ascendenti del genitore naturale; chè, verso la famiglia legittima di chi lo ha riconosciuto, il figlio naturale non ha rapporti giuridici, se non in quanto la legge disponga specialmente ed eccezionalmente per qualche oggetto particolare (2). Allora dunque, al consenso dei genitori naturali premorti od incapaci, subentra quello del *consiglio di tutela*, che pei figli illegittimi tien luogo del consiglio di famiglia (art. 261, cod. civ.).

88. Pel matrimonio dei figli naturali. non riconosciuti legalmente nè giudizialmente dichiarati tali, o in altri termini pei *figli di genitori ignoti*, come pure per quelli di cui risultando la filiazione naturale indirettamente, per effetto di una sentenza civile o penale o da dichiarazione

---

(1) V. sopra, n. 86, pag. 334.
(2) V. sopra, n. 6, pag. 19-21.

fatta in iscritto dai genitori, la filiazione stessa però non possa essere legalmente riconosciuta nè dichiarata, perchè sia frutto dell'adulterio o dell'incesto, spetta ai *genitori adottivi*, se vi siano, il prestare il consenso. Se non che il figlio non è neppur qui soggetto all'autorità dell'adottante, più oltre del ventunesimo anno compiuto di sua età.

Che se poi non vi sia adottante, o sia premorto od incapace, il codice nostro — anzichè seguire l'esempio del codice Francese (art. 159) il quale pel matrimonio dei figli naturali non riconosciuti richiedeva il consenso di un tutore speciale nominato *ad hoc* — delega ancora al *consiglio di tutela* il potere di consentire al matrimonio di tali figli, che non abbiano raggiunta l'età di anni 21 (art. 66, § 2, cf. 261, cod. civ.).

D — Interdizione di uno degli sposi per infermità di mente.

Sommario. — 89. Principii riguardanti *la interdizione giudiziale*, come impedimento al matrimonio. — Non può assimilarsi ad essa la semplice *inabilitazione*. — Nè la *interdizione legale* per condanna penale. — 90. Regole relative alla nullità derivante dalla interdizione giudiziale.

89. Su questo argomento della interdizione giudiziale di uno degli sposi, come causa di incapacità al matrimonio, avemmo occasione di esporre le teorie fondamentali, parlando dei requisiti di essenza del matrimonio (1). Si vide allora come il codice Italiano abbia risoluta la controversia che tuttora si agita di fronte al codice Francese, stante il silenzio che esso serba in proposito, limitandosi a dichiarare che non vi è matrimonio se non vi è consenso (articolo 146), e che può farsi opposizione al matrimonio per causa *di demenza* (art. 174). Dinanzi agli articoli 61 e 112 del codice Italiano invece, è chiaro (per quanto sia stato dimenticato da qualche nostro commentatore (2), dietro l'influenza e il ricordo delle dottrine francesi) che non si

---

(1) V. sopra, n. 39, pag. 131-136.
(2) V. n. seguente, pag. 34, n° 2.

deve confondere la incapacità naturale derivante *dal fatto* della malattia mentale, di cui si trovi colpita una persona all'atto stesso in cui contrae matrimonio, colla incapacità legale dipendente dallo *stato giuridico* in cui è costituito chi è interdetto per abituale infermità di mente (art. 61, § 1, cod. civ.). La prima ha per effetto che il matrimonio, contratto dalla persona naturalmente incapace di consenso, debbasi considerare come *giuridicamente inesistente*; dalla seconda risulta soltanto *l'annullabilità relativa* del matrimonio (art. 112, cod. civ.). La incapacità naturale derivante dal fatto della infermità mentale non si considera che in relazione al tempo in cui si contrae il matrimonio. La incapacità legale dipendente dallo stato giuridico personale d'interdizione produce il suo effetto per tutto il tempo in cui questo stato perdura, fino al giorno nel quale la interdizione, cessata la causa che vi ha dato luogo, sia rivocata ad istanza delle persone determinate dall'art. 338, cod. civ.; e prescinde totalmente dal fatto dello stato di mente della persona al momento della celebrazione del matrimonio; ond'è che sarebbe frustranea ed inammissibile la prova, che per sostenere la validità del matrimonio si offrisse, che l'interdetto si fosse trovato in quell'istante della celebrazione in istato di mente sana. Per ciò il *lucido intervallo*, in cui la persona fosse stata all'atto di contrarre il matrimonio, impedirebbe di poterlo considerare come *inesistente*, ma non farebbe ostacolo *all'annullabilità* relativa di esso (1).

È assai facile a comprendersi la ragione per la quale l'interdizione per vizio di mente è stata considerata di per sè come una causa d'incapacità legale che rende annullabile il matrimonio. Chi essendo in condizione di abituale infermità di mente, viene assoggettato giudizialmente alla interdizione (art. 324, cod. civ.) è posto dalla legge in istato di tutela al pari d'un minore (art. 329, cod. civ.); di guisa

---

(1) V. sopra, n. 30, pag. 74 e seg.

che è considerato come personalmente incapace agli atti ordinari della vita civile; i quali, fatti da lui, sono colpiti d'una nullità relativa (art. 335, cod. civ.). Sarebbe incongruo che per un atto di tanto maggiore importanza a paragone degli altri, qual'è il matrimonio, foss'egli riputato pienamente capace. Diverrebbe facile abusare della debolezza dell'interdetto, per fargli contrarre, cogliendo un breve momento di lucido intervallo, un vincolo a cui egli in condizione di mente perfettamente e costantemente sana non sarebbesi indotto.

Coll'applicazione dei principii generali dovrebbesi ritenere che soltanto dalla *sentenza definitiva d'interdizione* potesse derivare la incapacità legale di contrarre matrimonio. Il codice nostro però stabilisce manifestamente una eccezione a tali principii, quando nel secondo paragrafo dell'articolo 61 dichiara che " Se l'istanza d'interdizione è " soltanto promossa, si sospenderà la celebrazione del ma- " trimonio finchè l'autorità giudiziaria non abbia definiti- " vamente pronunziato ".

Così pertanto il solo essere stata chiesta giudizialmente la interdizione, a norma dell'articolo 326, cod. civ., basta già a produrre un *impedimento impediente* al matrimonio; per modo che se l'uffiziale dello stato civile, non ostante la proibizione fattagli dal detto articolo 61, § 2°, procedesse alla celebrazione in pendenza del giudizio d'interdizione di uno degli sposi, ed avendone notizia, incorrerebbe nella pena stabilita dall'articolo 124, cod. civ. Proferita poi la sentenza, e qualora questa pronunciasse realmente la interdizione, il matrimonio contratto ne rimarrebbe colpito di nullità, come vedremo nel numero seguente.

Alla interdizione giudiziale non potrebbesi parificare, per l'effetto di rendere annullabile il matrimonio, *l'inabilitazione* a cui uno degli sposi fosse stato sottoposto per una infermità di mente non grave tanto da far luogo alla interdizione predetta (art. 339, cod. civ.). Solamente potrebbesi anche in questo caso verificare che all'atto del matri-

monio lo sposo inabilitato fosse in tale stato di mente da apportargli, a giudizio dei tribunali, una vera incapacità naturale a consentire; ed allora il matrimonio stesso sarebbe, non solo annullabile, ma *giuridicamente inesistente* (1).

Neppure potrebbe parificarsi alla interdizione giudiziale per infermità di mente, la interdizione *legale* che deriva da certe condanne penali. Su ciò sorse grave disputa nella *dottrina* francese, argomentando alcuni che la interdizione giudiziale e quella legale dovessero produrre ugualmente impedimento al matrimonio, perchè l'una e l'altra portano la privazione dell'*esercizio dei diritti civili*, mentre poi sarebbe assurdo e contradditorio che la legge, togliendo al condannato la facoltà di qualunque atto di amministrazione dei proprii beni, gli permettesse di compiere un atto di tanto maggiore importanza; altri opponendo a tutto ciò la differenza di natura e di scopo tra le due forme di interdizione, differenza che non permette di attribuire all'una e all'altra parità di effetti, in ordine alla facoltà di contrarre matrimonio (2). È da osservare però che la ragione precipua di dubitare nasceva pel codice Francese dal silenzio completo che esso serbava in rapporto alla interdizione, sì giudiziale che legale, come impedimento al matrimonio.

Di fronte al diritto positivo nostro, la questione è risoluta dal testo degli articoli 61 e 112, cod. civ. e 33, codice penale. — I primi infatti parlano costantemente degli interdetti *per infermità di mente*, e non di interdetti in genere, come sarebbesi dovuto e potuto dire se si avesse voluto comprendervi tanto la interdizione *legale* quanto la giudiziale. L'articolo 33 del nuovo codice penale (sostituitosi all'art. 3, Disposizioni transitorie, cod. civ.) determina poi le conseguenze civili di certe condanne penali; e queste ri-

---

(1) Cf. Pacifici-Mazzoni, op. cit., II, 120.
(2) Cf. Aubry e Rau, V, § 464; Demolombe, III, 130.

guardano da un lato l'esercizio dei diritti *patrimoniali* (pei quali appunto il condannato vien posto in istato di interdizione); dall'altro anche l'esercizio di alcuni diritti *di stato personale;* ma per questi, il codice penale toglie al condannato soltanto *la potestà patria e maritale*, che è evidentemente cosa ben diversa dalla facoltà di contrarre matrimonio. Perciò, stante il principio generale che le disposizioni di legge portanti incapacità e impedimento al matrimonio sono di stretta interpretazione, è certa la conclusione che nessun ostacolo legale si opporrebbe alla celebrazione (cf. art. 96, cod. civ.) e alla validità di quel matrimonio (1). — Del resto, anche sotto l'aspetto critico, non è difficile giustificare la soluzione accolta dalla legislazione nostra. Certo non sarà frequente il caso che un condannato in via penale si disponga a contrarre matrimonio, durante la espiazione della pena. Ma il caso può pure verificarsi; ad esempio, per lo scopo di legittimare figli naturali avuti in precedenza. E in ogni modo sarebbe esorbitante, dinanzi agli scopi più che altro preventivi della interdizione legale, infliggere al condannato la privazione civile di questo importantissimo diritto; quando d'altronde la decadenza dai diritti conseguenziali della potestà patria e maritale basta ad impedire i danni materiali e morali che potrebbero derivare alla famiglia e all'ordine sociale dall'uso di tali facoltà da parte di una persona depravata (2).

90. La nullità del matrimonio contratto dall'interdetto giudizialmente è regolata nell'art. 112, codice civile; sia per quanto concerne l'esercizio dell'*azione* relativa (persone che possono intentarla, mezzi di sanatoria, ecc.), sia per quanto riflette il valore medesimo ed intrinseco dell'impedimento, cioè le *cause* della nullità. Ed è solo di questo secondo aspetto che dobbiamo ora occuparci;

---

(1) Cf. Laurent, II, 372.
(2) Cf. Relaz. Zanardelli sul *Cod. pen. ital.*, § 40.

mentre il primo appartiene all'argomento delle domande di nullità di matrimonio, che studieremo più innanzi.

Però presso la Commissione di coordinamento sorse disputa sul punto se nell'art. 121 del Progetto (112 del cod.) non fosse più conveniente di regolare il tema solo " per " stabilire quali siano le persone ed i modi con cui possa " impugnarsi il matrimonio nullo „, eliminando da esso " *la menzione dei casi* in cui possa promuoversi la nullità, " non essendone qui sede opportuna „. Ma prevalse l'avviso contrario, osservandosi che " Le disposizioni in di- " scorso possono senza inconveniente essere conservate nella " sede che hanno, massime che altre prescrizioni di simile " natura, e riguardanti anzi maggiormente *il merito* delle " cause di nullità, si trovano inserite in questo medesimo " capo „ (1).

Un'altra discussione si elevò eziandio intorno a quella parte dell'articolo in cui dichiarandosi l'annullabilità del matrimonio di chi, non interdetto al tempo della celebrazione, fosse però fin d'allora infermo di mente, si parla d'una *infermità per cui la interdizione sia stata poscia pronunciata.* Taluni esprimevano il dubbio che, conservando questa dizione, si venisse ad *escludere il caso di chi fosse infermo di mente all'epoca del matrimonio, ma non fosse poi stato interdetto.* Per altro la Commissione considerò " non trat- " tarsi che del caso in cui siavi stata sentenza d'interdizione " prima o dopo il matrimonio, perchè quello di colui che, " sebbene non interdetto, fosse però privo di mente al mo- " mento del matrimonio, *rientra nelle regole generali del* " *libero consenso, comuni a questa come a tutte le altre ob-* " *bligazioni* „ e mantenne la formula com'era proposta; salvo che alle parole dell'art. 121 del progetto, dove dicevasi — se la infermità risulta *anteriore al matrimonio* — sostituì le altre che ora leggonsi nell'art. 112 del codice, " se la infermità, per cui la interdizione fu poscia pronun-

---

(1) Processi verb., n. 8, § 6.

“ ziata, risulta *esistente al tempo del matrimonio* „ ; e ciò sia perchè potrebbe avvenire che la persona interdetta dopo il matrimonio, fosse stata anteriormente inferma di mente, ma fosse sana all'atto della celebrazione, nel quàl caso non v'ha dubbio che il matrimonio sarebbe valido, sia ancora per adottare una espressione conforme a quella adoperata nell'art. 336, dove si parla in genere dell'annullabilità degli atti anteriori all'interdizione *se la causa d'interdizione sussisteva al tempo in cui avevano luogo gli atti medesimi* (1).

Da quanto fu riferito finora sembra risultare abbastanza chiaramente come la interpretazione, da darsi a questa parte dell'articolo 112, si possa ridurre alle massime seguenti:

1° quando il matrimonio sia stato contratto da persona che non essendo mai stata sottoposta ad interdizione, fosse però inferma di mente *all'atto della celebrazione* del matrimonio, è necessario applicare, non la disposizione dell'art. 112, alla quale questo caso è completamente estraneo, ma le regole comuni relative al consenso; in forza delle quali quel matrimonio sarebbe da riputarsi giuridicamente *inesistente* (2);

2° quando chi contrasse matrimonio fosse all'atto della celebrazione in istato d'interdizione giudiziale, per

(1) Processi verb., n. 8, § 6.

(2) Sembrerebbe contrario l'insegnamento del Ricci, *Dir. civ.*, I, 137, il quale dice che, essendo richiesta dall'art. 112 la interdizione pronunciata prima o dopo il matrimonio) “ *Se l'interdizione non sia stata pronun-* “ *ciata, non può pretendersi all'annullamento del matrimonio, per essere* “ *stata d'impedimento al medesimo la infermità di mente di uno degli* “ *sposi* „.

Però, a meno di supporre che l'egregio scrittore siasi posto in contraddizione con quanto egli stesso ammise più innanzi (n. 136) — cioè che altro è il matrimonio nullo o annullabile, ed altro il matrimonio inesistente, che la legge anzi non si occupa nemmeno delle cause d'inesistenza, ossia della mancanza dei requisiti costitutivi del matrimonio — bisogna concludere che nella proposizione sovra citata egli intendesse riferirsi alla mera annullabilità, anzichè alla inesistenza del matrimonio; poichè alla costituzione medesima di esso osta evidentemente la effettiva alienazione mentale, che esclude *il consenso*. Cf. sopra, n. 39, pag. 131-133.

sentenza già pronunziata e non rivocata, il matrimonio è *relativamente annullabile*, quand'anche il contraente si fosse trovato all'istante di quell'atto in un lucido intervallo (1);

3° quando la interdizione non fosse ancora pronunciata con sentenza definitiva, *ma fosse già stata promossa* all'atto della celebrazione del matrimonio, ciò produce un impedimento, non dirimente, ma impediente soltanto, salva sempre l'annullabilità relativa del matrimonio contratto, se la interdizione fosse dichiarata appresso;

4° Quando la interdizione, non ancora promossa al momento in cui fu contratto il matrimonio, sia stata pronunciata dipoi, tutto dipende dallo stato in cui trovavasi all'atto della celebrazione il contraente. Se egli era allora infatti infermo di mente, il matrimonio da lui contratto non è solo colpito da una *nullità relativa*, come sembrerebbero accennare le espressioni dell'articolo 112, ma dev'esser considerato come veramente e completamente *inesistente*, perchè il consenso non è solo viziato ma manca del tutto (2). Che se poi non era a quel momento in istato di alienazione mentale, ma trovavasi in un *lucido intervallo*, sebbene fosse già colpito da quell'*abituale infermità di*

---

(1) Anche qui, direbbesi contrastata la massima da un altro scrittore nostro, il Borsari (I, art. 61, § 207 e 208, e art. 112, § 295). A parte però la soverchia importanza da lui attribuita alle dottrine francesi, mentre il codice Napoleone non contiene disposizioni corrispondenti agli art. 61 e 112 del codice nostro, ci sembra che la sua argomentazione lasci non poco a desiderare, quanto a precisione di idee. Egli comincia infatti col dichiarare (pag. 302) che dallo stato d'interdizione, e indipendentemente dai lucidi intervalli, “ *sorge un impedimento proibitivo indubitabile* „. Soggiunge poi che rispetto all'interdetto, il quale però si trovi in un lucido intervallo, non esiste impedimento che abbia *forza dirimente;* e crede dimostrarlo, osservando che: “ per verità l'art. 112 non è di tanto rigore. “ Il matrimonio *può essere impugnato*, si dice; ma non è dichiarato asso- “ lutamente nullo „.

Ora, prescindendo dal significato vago od ambiguo che egli annette alle espressioni impedimento *proibitivo* e impedimento *dirimente*, sembra in sostanza che egli voglia dir questo: la nullità del matrimonio contratto in quelle condizioni, non è una nullità *assoluta*, ma *relativa*. Ciò che nessuno infatti vorrà contrastare.

(2) Cf. qui sopra, pag. 343-344, nª 1.

mente che ha fatto poi luogo all'interdizione secondo l'articolo 324 del codice, le espressioni dell'art. 112 lasciano dubitare se il matrimonio, non essendo certamente in questo caso *inesistente*, debba almeno considerarsi come *annullabile relativamente*, in forza della disposizione di questo articolo. Sembra però che a sostegno dell'opinione affermativa stiano le parole stesse adoperate nell'art. 112, ed il loro raffronto coll'art. 336, colla cui disposizione si intese di porre quello in armonia. — L'art. 112 infatti dichiara annullabile il matrimonio se al tempo della celebrazione di esso esisteva *la infermità per cui la interdizione fu poscia pronunciata*. Ora la interdizione si pronuncia per colui il quale *si trovi in condizione di abituale infermità di mente* che lo renda incapace di provvedere ai proprii interessi, quand'anche in certi intervalli egli possa trovarsi in uno stato di mente completamente sana (articolo 324, cod. civ.). L'art. 336 dichiara poi annullabili gli atti anteriori alla interdizione, se al tempo in cui essi furono compiuti *sussisteva la causa d'interdizione*, cioè *l'abitualità della infermità di mente*, indipendentemente dall'essersi o no verificata l'alienazione mentale al momento preciso di quegli atti. Inoltre è questa la sola interpretazione che possa giustificare l'essersi parlato nell'art. 112 della semplice *nullità relativa* a proposito del matrimonio contratto dall'infermo di mente non ancora interdetto; mentre riferendo quella disposizione al caso di chi sia realmente in istato di alienazione mentale al momento stesso della celebrazione del matrimonio, non si potrebbe non riconoscerla profondamente inesatta, poichè non si tratterebbe più allora di semplice annullabilità, ma di vera *inesistenza giuridica*, per assoluta mancanza di consenso. La interpretazione ora spiegata trova, d'altro lato, una conferma sicura abbastanza nelle dichiarazioni della Commissione coordinatrice, la quale osservò come la ipotesi di colui che *fosse privo di mente al momento del matrimonio*, rimane estranea alla disposizione della legge, in quanto che *rientra nelle*

regole generali del libero consenso, comuni a questa come a tutte le altre convenzioni. — Il che implica naturalmente che lo stato di interdizione, quando sia accompagnato per di più da effettiva alienazione mentale al momento della celebrazione del matrimonio, rende questo non solo annullabile a senso dell'art. 112, ma inesistente in diritto (1).

Sezione III.

Requisiti voluti non per la validità, ma per la regolarità del matrimonio.

(Impedimenti *proibitivi* o *impedienti*).

Nozioni generali.

Sommario. — 91. Concetto e valore degli impedimenti impedienti. — 92. Enumerazione degli impedimenti stessi. — 92bis. Anche in rapporto ad essi le disposizioni della legge sono *tassative*.

91. Anche questa materia trovasi disciplinata nel codice nostro — benchè non abbia una sezione o un paragrafo a parte — in modo più sicuro e preciso che nel codice Francese. In Francia si ha qualche incertezza circa il contenuto medesimo di questo argomento, cioè sulla determinazione dei precetti di legge che debbano reputarsi guarentiti, non colla sanzione della nullità, ma con sanzioni penali e col diritto di opposizione al matrimonio, come è carattere proprio degli impedimenti detti proibitivi od impedienti. Così si è discusso se l'impedimento risultante dall'*adozione* debba ascriversi tra i dirimenti o tra gli impedienti; mentre l'art. 184 del codice Francese (articolo 104, cod. It.) non richiama tra le cause di nullità del matrimonio il divieto sancito nell'art. 348, relativo all'impedimento per adozione. Si è discusso parimenti se costituisca impedimento dirimente o proibitivo il divieto alla vedova di contrarre nuove nozze prima che sia spirato un

---

(1) Cf. sopra, pag. 343-344, nª 1.

certo termine (art. 228, cod. Fr. e 57, cod. It.); poichè dal codice civile Francese non apparisce da quale sanzione esso resti assicurato (1).

Il codice italiano ha prudentemente risolto queste difficoltà; sia col dare una distribuzione diversa alle disposizioni di legge che sanciscono impedimenti al matrimonio; sia col richiamare espressamente nell'articolo 104 tra le cause di nullità la infrazione dell'articolo 60, concernente l'impedimento che nasce dall'adozione; sia infine col determinare opportune sanzioni per gli impedimenti proibitivi soltanto, mediante il diritto di opposizione, conceduto " *per ogni causa ammessa dalla legge che osti alla celebrazione* del matrimonio " (articoli 82 e 90), e mediante comminatorie penali all'ufficiale dello stato civile che proceda alla celebrazione del matrimonio al quale " *osti qualche impedimento o divieto* " (art. 98, 124), sanzione che si estende anche alla vedova nel caso dell'art. 57 (art. 128). — Dal che tutto risulta palese il proponimento di togliere ogni dubbiezza regolando in modo completo la materia degli impedimenti proibitivi, separatamente da quelli dirimenti.

Con questo resta anche più giustificato l'ordine di trattazione che ci siamo proposti (2), e secondo il quale non resta ora che di occuparci di quelle condizioni le quali — attesa la loro minore importanza — non sono richieste nè per la esistenza giuridica del matrimonio, nè per la sua validità legale, e rendono quindi non viziato propriamente, ma soltanto *irregolare* il matrimonio che sia celebrato in onta a quei precetti di legge; vale a dire che la mancanza di quelle condizioni genera bensì un ostacolo legale a contrarre il matrimonio, e autorizza quindi il rifiuto della celebrazione da parte dell'ufficiale di stato civile, o la facoltà della opposizione da parte di altre persone interessate; ma se nonostante il matrimonio venga celebrato, esso non

---

(1) Su questi punti, cf. Aubry e Rau, V, § 463, nº 3, 5; Demolombe, III, 337, 338; Laurent, II, 484.
(2) V. sopra, n. 34-36.

rimane impugnabile di nullità nè assoluta nè relativa, reputandosi che in tale caso il danno dell'annullamento sia maggiore di quello della trasgressione della legge; e restano solo applicabili speciali sanzioni penali all'ufficiale celebrante; sanzioni consimili e determinate decadenze di diritti agli sposi (art. 124, 128). Tanto poi la facoltà della opposizione, quanto l'applicazione delle sanzioni penali sono assicurate dalla legge, mediante il potere e l'obbligo conferito al Pubblico Ministero di promuoverle (art. 87 e 129, cod. civ.). E rispetto alla facoltà dell'opposizione, l'art. 90 del R. Decreto 15 novembre 1865 sull'ordinamento dello stato civile, ne agevola l'esercizio disponendo che " *L'uffiziale dello stato civile, il quale conosca ostare al matrimonio un impedimento che non venne dichiarato, deve tosto informare il Pubblico Ministero, affinchè possa, se lo crede, farvi opposizione, e sospende intanto la celebrazione del matrimonio fino a che il Procuratore del Re gli abbia fatto note le sue determinazioni* „.

92. Le cause che secondo la nostra legislazione producono impedimenti proibitivi pel matrimonio, sono le seguenti:

1° l'esistenza di un precedente matrimonio annullabile o di cui il coniuge sia assente:

2° la interdizione giudiziale promossa e non ancora dichiarata (art. 61, § 2);

2° il procedimento penale iniziato per reato di omicidio contro il coniuge precedente della persona con cui vorrebbesi contrarre matrimonio (art. 62, § 2);

4° la mancata richiesta di consenso di certe persone pel matrimonio dei minorenni;

5° la vedovanza della donna da tempo minore di 10 mesi;

6° la qualità nello sposo di militare od assimilato a militari, in attività di servizio (1).

---

(1) Non annoveriamo qui la mancanza delle formalità preliminari al

Senonchè occorre avvertire che i tre primi di questi impedimenti proibitivi dipendono propriamente dalla *incertezza o contestazione* di un fatto che per sè, se fosse avverato, costituirebbe impedimento *dirimente*. Vale a dire che quella medesima circostanza la quale, ove fosse verificata e accertata, determinerebbe un impedimento dirimente, determina intanto un impedimento proibitivo, per la sola possibilità della sua esistenza. E ciò, a rigore, potrebbe dirsi più generalmente, anche per gli altri impedimenti dirimenti: poichè anche in questi, ad esempio, per l'impedimento del vincolo di parentela, la controversia che sorga sulla esistenza o meno di questo stato produrrà intanto un ostacolo alla celebrazione del matrimonio, non differentemente da quello che accade nel caso di un matrimonio precedente di cui sia contestata la validità.

Perciò riguardo alle tre prime cause, ora ricordate, di impedimenti proibitivi, basta il rinviare alle norme e alle avvertenze già esposte, quando si studiarono quei medesimi fatti sotto l'aspetto di impedimenti dirimenti. Dobbiamo invece occuparci particolarmente delle tre ultime fra le cause predette, le quali hanno un valore proprio e speciale di impedimento proibitivo soltanto.

92bis. Non sarà inutile, prima di venire allo studio di questi argomenti, richiamare un principio generale già toccato altra volta, e che senza dubbio rimane applicabile anche in ordine agli impedimenti proibitivi: il principio cioè che tutta la materia delle condizioni richieste pel matrimonio è regolata completamente ed *esclusivamente* dalla legge, per l'attinenza strettissima di questa materia coll'ordine sociale, coll'interesse pubblico. È dunque soltanto col testo della legge che possono determinarsi le

---

matrimonio, nè la esistenza di opposizioni, sebbene anch'esse producano l'effetto di un impedimento a contrarlo. Questi due argomenti, secondo le idee già esposte (n. 36), vanno meglio studiati sotto altro aspetto e in altra sede.

cause formanti un impedimento qualunque, sia poi dirimente o proibitivo, alla celebrazione del matrimonio; e le disposizioni di legge che le contengono sono perciò da considerare come *tassative* e di stretta interpretazione.

Questa massima generale vedemmo già essere stata accolta in generale dalla dottrina francese; ma, di fronte al codice Italiano, essa trova una conferma più esplicita e più sicura; sia nel testo dell'art. 89, il quale vieta all'uffiziale dello stato civile di rifiutarsi alla celebrazione del matrimonio, *se non per causa annessa dalla legge*, sia nel testo dell'art. 82, il quale pure non ammette opposizioni al matrimonio fuorchè *per ogni causa ammessa dalla legge che osti alla celebrazione del matrimonio*, sia ancora nelle dichiarazioni della Commissione di coordinamento, la quale ravvisò *inutile* lo aggiungere in apposito articolo che “ oltre “ gli impedimenti matrimoniali stabiliti dalla legge civile, “ non possano ammettersene altri riconosciuti dai canoni o “ consuetudini delle varie religioni „ — essendosi ritenuto che “ *Il complesso delle disposizioni del codice sulla materia* “ *del matrimonio rende soverchia qualunque dichiarazione in* “ *proposito* „ (1).

Tutto ciò trova evidentemente uguale ragione di applicazione, e per gli impedimenti dirimenti e per gli impedimenti proibitivi; perocchè non vi sarebbe motivo alcuno, sotto questo aspetto, per fare differenza tra gli uni e gli altri.

È quindi certo per noi, più ancora che nol fosse pel codice Francese, che non potrebbero considerarsi neppure come impedimenti proibitivi al matrimonio:

a) i vizi organici di conformazione, a meno che non producano impotenza manifesta e perpetua (art. 107);

b) le infermità, quantunque ereditarie e contagiose (salva la questione che potesse sollevarsi qui, sotto l'aspetto dell'errore sulle qualità essenziali della persona) (2);

---

(1) V. sopra, n. 42.
(2) Cf. sopra, n. 71, pag. 250-251.

c) la promessa di matrimonio fatta anteriormente ad altra persona;

d) il ratto, la seduzione o l'adulterio (1);

e) la interdizione legale per condanne penali (2);

f) gli ordini sacri (3);

g) la disparità di religione tra gli sposi.

A — Mancata richiesta del consenso di certe persone pel matrimonio di minorenni.

Sommario. — 93. Richiamo ed applicazione delle norme già esposte su questo argomento.

93. Questa ipotesi, sebbene si riconnetta pur essa ad una condizione la cui mancanza costituisce impedimento dirimente al matrimonio, presenta però, sotto l'aspetto speciale in cui ora viene considerata, un carattere proprio e distinto di impedimento proibitivo soltanto (cf. sopra, n. 91). Tuttavia anche sotto questo aspetto, basta il richiamo delle teorie già spiegate in precedenza.

Abbiam visto, infatti, che quando la legge prescrive doversi, per contrarre matrimonio, chiedere il consenso di più persone, mentre però la volontà di alcune fra esse rimane subordinata a quella di altre (come avviene dei genitori, tra i quali in caso di disaccordo prevale il volere del padre; dell'avo e dell'avola della stessa linea, bastando, se discordano, il consenso dell'avo; e delle due linee ascendenti paterna e materna, il cui disparere equivale a consenso), in tali casi il non essere stati consultati coloro la cui volontà sarebbe in ogni ipotesi stata posposta, non indurrebbe nullità del matrimonio, al quale perciò non osterebbe un impedimento dirimente (4).

Ma osservammo eziandio che l'uffiziale dello stato ci-

(1) Cf. sopra, n. 70, p. 245, e n. 65.
(2) Cf. sopra, n. 89, p. 341.
(3) Cf. sopra, n. 43, p. 143 e seg.
(4) V. sopra, n. 84, p. 315.

vile non potrebbe procedere alla celebrazione di un matrimonio pel quale si richieda che uno degli sposi sia autorizzato dal consenso di più persone, se non quando tutte prestino effettivamente tale consenso, o quella fra esse la cui volontà sia, in caso di disaccordo, posposta, sia almeno stata interpellata ed abbia rifiutato di acconsentire, e di ciò sia presentata all'uffiziale dello stato civile la prova autentica, qualora le persone stesse non si presentino davanti a lui per fare le loro dichiarazioni.

Da ciò risulta dunque che qualora vogliasi contrarre matrimonio da un minore di 25 anni, il quale abbia superstiti amendue i genitori, col solo consenso del padre e senza che risulti essere stata interpellata la madre ed avere essa rifiutato di acconsentire, ovvero da un minore di 21 anni col solo consenso dell'avo, senza che consti essere stato chiesto e rifiutato il consenso dell'avola, o coll'assenso di una sola delle due linee ascendenti senza che risulti essere stata interpellata ed avere dissentito l'altra linea, avremo un impedimento al matrimonio, ma semplicemente *proibitivo*, che esporrebbe soltanto all'applicazione delle pene stabilite dall'art. 124 del codice, l'uffiziale dello stato civile che ciò non ostante procedesse alla celebrazione.

B — Proibizione alla donna di rimaritarsi nei dieci mesi che seguono lo scioglimento o l'annullazione del matrimonio precedente.

Sommario. — 94. Motivi di questo impedimento, ed estensione di esso. — 95. Casi particolari nei quali cessa, per eccezione, l'impedimento medesimo. — 96. Sanzioni speciali con cui la legge ha voluto assicurare l'adempimento delle proprie disposizioni in proposito.

94. L'impedimento dirimente che risulta da un precedente matrimonio valido, cessa all'istante in cui questo sia sciolto per la morte del coniuge anteriore, avvenuta prima della celebrazione delle nuove nozze. D'altra parte un precedente matrimonio annullabile, ma la cui nullità

non sia ancora stata pronunciata in giudizio, produce frattanto un impedimento semplicemente *proibitivo;* ma anche questo cessa dal momento in cui per sentenza avente forza di cosa giudicata sia stata dichiarata l'annullazione (1). Tuttavia la regola che lo scioglimento o l'annullazione d'un matrimonio anteriore distrugge l'impedimento che esso opponeva alla celebrazione di nuove nozze, non è senza eccezione; chè una ne è stabilita dalla legge per la donna, la quale anche sciolta dal vincolo delle anteriori sue nozze, o per morte del marito o per annullazione del matrimonio precedente, non rimane però subito libera di passare a nuove nozze, essendole ciò vietato per un certo tempo dalla legge.

Il nostro codice, imitando le legislazioni che lo precedettero, ha infatti stabilito nell'articolo 57 che " Non può " contrarre nuovo matrimonio la donna, se non decorsi " dieci mesi dallo scioglimento o dall'annullamento del " matrimonio precedente, eccettuato il caso espresso nel" l'articolo 107.

" Cessa questo divieto dal giorno che la donna abbia " partorito „.

Secondo le leggi romane, le vedove non potevano passare a nuove nozze se non quando fosse trascorso, dalla morte del primo marito, l'anno che chiamavasi *di lutto.*

Se non che, diceva Ulpiano (nella L. 11, D. *De his, qui notantur infamia*, III, 2) " Etsi talis sit maritus quem " more majorum lugeri non oportet, non posse eam nuptum " intra legitimum tempus collocari: Praetor enim ad id " tempus se retulit, quo vir elugeretur, qui solet elugeri " *propter turbationem sanguinis*..... Non solent autem lugeri, " ut Neratius ait, hostes, vel perduellionis damnati: nec " suspendiosi, nec qui manus sibi intulerunt, non taedio " vitae, sed mala conscientia „.

E siccome, appunto, principale motivo della proibizione

---

(1) V. sopra, n. 50, p. 168.

fatta alla vedova di passare prima di quel tempo a nuove nozze, era d'impedire la confusione del sangue, la *incertezza della generazione*, della prole, così a tale motivo era coerente la decisione data nella legge predetta, che la vedova la quale avesse partorito potesse, immediatamente dopo, legarsi in nuovo matrimonio, sebbene non fosse ancora trascorso l'anno del lutto. “ Pomponius eam quae “ intra legitimum tempus partum ediderit, putat statim “ posse nuptiis se collocare; quod verum puto „ (1).

Nel codice Francese (art. 228) essendo detto soltanto che “ la donna non può contrarre un nuovo matrimonio “ se non sono trascorsi dieci mesi dopo lo scioglimento “ dell'antecedente „ era opinione ricevuta che a due motivi dovesse ascriversi questa proibizione; il primo e principale dei quali consistesse nell'evitare ciò che i giureconsulti romani dicevano *turbationem sanguinis*, cioè la incertezza se al primo od al secondo marito si dovesse attribuire la paternità sul figlio che nascesse nei primi mesi del nuovo matrimonio. L'altro motivo poi riconoscevasi nell'oltraggio alla moralità e decenza pubblica, che sarebbesi fatto permettendo alla vedova di passare ad una nuova unione immediatamente dopo lo scioglimento della prima.

Da ciò deducevano gli autori che, coerentemente anche alla forma generale ed assoluta in cui era espresso il riferito articolo 228 del codice Francese, non potesse mai esser lecito alla vedova il contrarre un nuovo matrimonio prima del termine dei dieci mesi; sebbene avendo essa partorito pochi giorni dopo la morte del primo marito, fosse così scomparso ogni pericolo di confusione della prole.

Ma l'articolo 57, § 2 del nostro codice avendo testualmente ammessa la massima decisa dal diritto Romano, che *il divieto cessa dal giorno che la donna abbia partorito*, ed

---

(1) Sembra però che nel diritto imperiale la regola avesse acquistato maggior rigore. — Cf. L. 2, Cod. *de sec. nupt.* (V, 9).

avendo inoltre stabilito che possa immediatamente passare a nuove nozze la donna che a termine dell'art. 107 abbia fatto annullare il suo matrimonio precedente per manifesta, perpetua ed anteriore impotenza del marito, ha dimostrato di adottare esclusivamente come motivo della proibizione il pericolo, da evitarsi, della confusione della prole. Il che risulta eziandio dalle osservazioni colle quali qualche Corte d'appello, a cui era stato comunicato il progetto Cassinis, accompagnò la proposta di quella disposizione che fu poi adottata e che forma ora il secondo paragrafo dell'articolo 57 (1).

Bisogna convenire però che ristretta a questo modo la ragion della legge, essa forse non basta più a giustificarne intieramente la disposizione, la quale mantiene fino a dieci mesi dopo lo scioglimento o l'annullazione dell'anteriore matrimonio la proibizione alla vedova di passare a nuove nozze. Il pericolo infatti di confusione della prole, d'incertezza sul doversi attribuire la paternità al primo od al secondo marito, cessa qualora il nuovo matrimonio sia contratto dopo *centoventi giorni* dallo scioglimento od annullamento del matrimonio precedente; poichè, secondo una *presunzione assoluta* stabilita dalla legge, non potendo durare la gestazione nè meno di *cent'ottanta* giorni nè più di *trecento* (art. 160, cod. civ.), è manifesto che nel caso ora detto, se il figlio nasca prima che sieno trascorsi *cent'ottanta* giorni dalla celebrazione del nuovo matrimonio, potrà presumersi concepito durante il matrimonio anteriore, se non siano ancora passati *trecento* giorni dallo scioglimento o annullamento di esso, ma sarà impossibile presumerlo concepito durante il matrimonio ultimo; ed all'opposto se nasca dopo *cent'ottanta giorni* dalla celebrazione delle nuove nozze, si dovrà presumerlo concepito in costanza di esse, ma sarebbe impossibile attribuirlo al primo marito, giacchè saranno passati *più che trecento*

---

(1) V. Astengo ed altri, op. cit., art. 57, § 4, V, I, pag. 459-460.

giorni dallo scioglimento o annullamento del precedente matrimonio (d° articolo 160, codice civile).

Il nostro articolo 57 ha dichiarato espressamente di estendere la propria disposizione al caso di annullamento, come a quello di *scioglimento* del matrimonio precedente; e con ciò ha evitato una questione alla quale lasciava luogo il corrispondente articolo 228 del codice Francese, che parlava soltanto dello *scioglimento dell'antecedente matrimonio*. Del resto la massima così adottata è perfettamente conforme ai motivi di questa disposizione di legge; perchè il pericolo di *confusione della prole*, d'incertezza della paternità, potrebbesi verificare egualmente, qualora alla donna si permettesse di contrarre nuove nozze immediatamente dopo l'annullazione del matrimonio in cui era precedentemente legata.

Dalla generalità della disposizione, che parla di *annullamento di matrimonio precedente* senza distinguere se questo fosse *putativo* o no (cf. art. 116), deriva altresì che la donna, il cui matrimonio sia stato annullato, non possa mai prima che sieno trascorsi dieci mesi legarsi in nuove nozze; sia che quel matrimonio anteriore sia stato contratto in buona fede da lei e dal marito, o che l'una o l'altro soltanto l'abbia creduto valido, o che sieno stati in mala fede amendue. La qual massima, non solo discende naturalmente dalla espressione testuale della legge, ma è anche molto facilmente giustificata. Infatti il matrimonio nullo, ma contratto in buona fede dai coniugi o da uno di essi, produce i medesimi effetti come se fosse valido, a favore dei figli nati da quel matrimonio putativo, i quali pertanto debbono essere considerati come legittimi. Che se poi amendue i coniugi sieno stati in mala fede, i figli concepiti dopo la celebrazione del matrimonio annullabile, quantunque nati posteriormente all'annullazione di esso, purchè non oltre i trecento giorni successivi (art. 60, codice civile), si riguardano come *figli naturali* del marito, giacchè la esistenza di fatto del matrimonio annullato basta

a somministrare la prova della *paternità naturale* riguardo a quei figli. Ciò essendo, è anche evidente che, tanto nel caso di *matrimonio putativo* quanto nel caso contrario, se si ammettesse la donna a celebrare nuove nozze immediatamente dopo l'annullazione di quell'anteriore suo matrimonio, s'incontrerebbe il pericolo, che la legge volle evitare, dell'incertezza della prole; dappoichè il figlio che nascesse entro trecento giorni dall'annullamento del primo matrimonio, ma non prima di cent'ottanta dalla celebrazione del secondo, potrebb'essere considerato, giusta la presunzione legale stabilita dall'articolo 160 del codice civile, tanto come figlio legittimo del nuovo marito, quanto come figlio legittimo del primo, se il matrimonio annullato era *putativo*, od almeno come *figlio naturale* di lui, se ambidue i coniugi conoscevano all'atto della celebrazione la nullità dell'unione da essi contratta.

Il termine di dieci mesi, ossia di trecento giorni, decorre *dallo scioglimento o dall'annullamento del matrimonio precedente;* cioè nel primo caso dal giorno della morte del precedente marito, e nell'altro dal giorno in cui abbia acquistata autorità di cosa giudicata la sentenza dichiarante l'annullazione. Questo giorno, dal quale decorre il termine, non si computa in esso; e deve poi essere compiuto il trecentesimo giorno dopo quello, prima che la donna possa passare a nuove nozze. Con ciò stesso si ammette dunque che i *mesi*, di cui parla l'art. 57, vadano computati di 30 *giorni* ciascuno, e non secondo il calendario comune; il che è troppo naturale, sia per la correlazione evidente di questo articolo colle presunzioni stabilite nell'art. 160, sia perchè altrimenti potrebbe aversi un termine variabile, secondo la durata diversa dei mesi nel calendario.

95. Contro la regola la quale vieta alla donna di contrarre nuovo matrimonio, se non siano decorsi dieci mesi dallo scioglimento od annullamento del matrimonio

precedente, l'articolo 57 stabilisce espressamente due eccezioni, le quali pertanto sono le sole che possano essere ammesse. E tali eccezioni si fondano sull'essersi considerata come unica ragione del divieto, costituente la regola generale contenuta nel detto art. 57, lo evitare il pericolo della confusione della prole. Questo pericolo infatti non esistendo allorchè il primo marito fosse in istato d'impotenza manifesta, perpetua ed anteriore al matrimonio, e per tal causa fosse annullato il matrimonio medesimo, a tenore dell'art. 107 (cfr. art. 164, cod. civ.), e cessando il pericolo predetto qualora la donna partorisse prima che fossero trascorsi i dieci mesi dallo scioglimento o dall'annullazione del precedente matrimonio; giustamente pertanto in amendue i predetti casi l'art. 57 ammette che la donna possa passare immediatamente ad altre nozze.

96. La contravvenzione al divieto portato dall'articolo 57 non è annoverata dalla legge fra le cause *tassative* di nullità del matrimonio (art. 104 e seg., cod. civ.); epperò non collocammo questo tra gl'impedimenti *dirimenti*. Tuttavia esso è sempre un impedimento *proibitivo*; e come tale impone all'uffiziale dello stato civile il dovere di rifiutarsi alla celebrazione del matrimonio a cui conosca ostare questo impedimento (art. 98 e 128, cod. civ.). E per conoscerlo, ha il mezzo dell'estratto dell'atto di morte del coniuge precedente, o della copia della sentenza di annullamento, che devesi produrre da quello degli sposi che sia già stato legato in un precedente matrimonio, al fine di provare la libertà di stato in cui si trovi presentemente; dai quali documenti l'uffiziale dello stato civile rileverà se, trattandosi di donna che fu già maritata, sieno decorsi i dieci mesi dallo scioglimento o dall'annullazione dell'anteriore matrimonio (art. 72 del regolamento approvato col R. Decreto 15 novembre 1865, n. 2602).

Che se poi avvenisse in fatto che per negligenza dell'ufficiale dello stato civile, od ingannandolo, si riuscisse a

contrarre matrimonio contro il divieto dell'articolo 57, diverrebbero applicabili alla donna colpevole di questa contravvenzione alla legge, e secondo i casi anche all'altro coniuge ed all'uffiziale dello stato civile, le speciali sanzioni penali determinate dall'art. 128 del codice civile.

La donna, che non può non conoscere in fatto lo stato proprio che le vieterebbe attualmente di contrarre matrimonio, nè potrebbe mai sottrarsi alle conseguenze giuridiche derivanti dalla inosservanza di quella disposizione proibitiva di legge, allegandone la ignoranza (1), va sempre soggetta all'applicazione delle sanzioni stabilite dal detto articolo 128 del codice civile; le quali consistono in una pena pecuniaria da 300 a 1000 lire, e nella privazione d'ogni liberalità che provenisse dal primo marito, sia in forza d'atto tra vivi, sia d'ultima volontà; come pure d'ogni diritto che sulla eredità lasciata dal marito medesimo spettasse alla vedova in virtù di legge, per successione, e in forza delle convenzioni matrimoniali, per lucro dotale.

A tanta severità s'indusse il legislatore, in considerazione della importanza gravissima che assumerebbe, nell'ordine sociale e per l'interesse delle famiglie, la violazione della disposizione proibitiva dell'articolo 57 (2).

L'altro coniuge incorre egli pure nella *multa di lire* 300 *estendibile a lire* 1000, quando però, ben s'intende, egli sia stato consapevole del fatto che la donna colla quale si univa era stata legata in precedente matrimonio sciolto o annullato da tempo minore di dieci mesi.

L'ufficiale dello stato civile è poi soggetto alla stessa multa da 300 a 1000 lire, per la sola omissione della diligenza colla quale doveva avvertire che fosse decorso il termine stabilito dall'articolo 57 del codice civile; chè se avesse commessa una più grave violazione dei propri doveri, prestandosi alla celebrazione del matrimonio sebbene

(1) V. Vol. I, n. 64, 65, pag. 265 e seg.
(2) V. Relaz. Sen., n. 69.

avesse notizia dell'impedimento che vi ostava a tenore dell'articolo 57, o senza esigere la produzione degli atti comprovanti lo scioglimento o l'annullazione del precedente matrimonio in cui sapesse essere stata legata la sposa, incorrerebbe nella multa più grave da 500 a 2000 lire secondo l'articolo 124.

È poi superfluo il dire che non sarebbe soggetto a nessuna pena l'uffiziale dello stato civile se fosse stato vittima incolpevole d'un inganno.

C — Dei matrimoni dei militari, od assimilati a questi, in attività di servizio.

SOMMARIO. — 97. Disposizioni relative ai matrimoni dei militari od assimilati ad essi. — Sanzioni speciali di tali disposizioni.

97. Trattasi qui di conciliare l'esercizio di un diritto civile colla speciale condizione e coi doveri attinenti al pubblico servizio; talchè le norme del diritto privato vengono a trovarsi in un conflitto con quelle di diritto pubblico interno. Perciò delle speciali restrizioni, che lo stato di servizio militare reca alla facoltà di contrarre matrimonio, dava giustificazione abbastanza esatta il § 197 del Regolamento sulla disciplina militare 30 ottobre 1859, dicendo che " Il buon ordine dell'esercito e conseguente-" mente l'interesse dello Stato esige che sia impedito ai " militari di contrarre unioni che possano riuscire di de-" trimento al servizio od al decoro del carattere militare ".

Questa materia nei primordi della costituzione del Regno fu regolata dalla legge sul reclutamento militare 20 marzo 1854 (art. 182), da una legge successiva del 13 luglio 1857 (art. 4), dal regolamento sul reclutamento dell'esercito 31 marzo 1855 (§ 865, 905) e appendice 2ª al regolamento stesso, § 55. Le norme principali ne furono riprodotte nel R. Decreto 14 dicembre 1865, n. 2666.

Posteriormente la stessa materia fu riordinata colla legge 31 luglio 1871, n. 933, quanto ai matrimoni degli *ufficiali*

dell'esercito e degli impiegati ad essi assimilati; con legge analoga 11 marzo 1872, n. 736, quanto agli ufficiali e assimilati a grado militare nella *regia marina;* e col regolamento 31 luglio 1871, n. 394, per la esecuzione della legge predetta. Riguardo ai matrimoni dei *sott'uffiziali e militari di bassa forza*, provvedevano i Regi Decreti 15 marzo 1884, n. 2087 e 19 marzo 1885, n. 3016; i quali però furono recentemente abrogati con altro R. Decreto del 29 marzo 1891, n. 146 contenente nuove norme pei matrimoni dei militari di truppa, al quale decreto susseguirono, per l'esecuzione di esso, le istruzioni date dal Ministero della guerra con disposizione del 25 aprile 1891. Ecco ora le norme principali e direttive risultanti da queste leggi e regolamenti.

Quanto al matrimonio degli *ufficiali* e assimilati a grado militare (siano essi in attività di servizio o in istato di disponibilità o di aspettativa) è prescritto che debbano ottenere un Decreto reale di assentimento (articolo 1, legge 31 luglio 1871, e art. 6, regolamento 31 luglio 1871). Ed è prescritto altresì che gli ufficiali predetti (ad eccezione degli ufficiali generali) assicurino a favore della sposa e della prole nascitura una rendita, variabile secondo il grado dell'ufficiale; rendita che può poi essere costituita dall'ufficiale medesimo, o sostituita dalla dote propria della sposa (art. 2-7, legge citata, e art. 3-5, regolamento citato).

Quanto ai matrimoni dei *sott'ufficiali, caporali e soldati che si trovino in effettivo servizio*, è ingiunto a loro di riportare il permesso dal Ministero della guerra, e per delegazione di questi dal Comandante del rispettivo corpo d'armata (art. 1, R. Decreto 29 marzo 1891). Questo permesso è concedibile solo nei casi determinati dall'apposita istruzione ministeriale sopracitata del 25 aprile 1891, e subordinatamente alle esigenze del servizio; nè proscioglie il militare dall'adempimento di tutte le altre condizioni richieste dalle leggi dello Stato per contrarre matrimonio (art. 2 del citato R. Decreto 29 marzo 1891). Possono ottenere l'autorizzazione di ammogliarsi senza vincolo alcuno di rendita i sotto

ufficiali che abbiano più di 12 anni di servizio e siano stati ammessi a godere del soprassoldo di lire 365.

I sotto ufficiali dopo 8 anni compiti di servizio, ed i capi-fanfara e capi-armaiuoli, ancorchè siano in servizio da meno di 8 anni, possono contrarre matrimonio a condizione che provino di possedere una rendita libera non minore di lire 300 in cartelle del debito pubblico, iscritte nominativamente od annotate d'usufrutto in loro favore, e da vincolarsi all'Amministrazione militare. I musicanti non sotto ufficiali, dopo 8 anni compiti di servizio, e i caporali maniscalchi ed i vivandieri, qualunque sia la durata del servizio da essi prestato, possono contrarre matrimonio senza che per alcuno di essi occorra di provare il possesso della rendita (art. 3 e 4 del R. Decreto 29 marzo 1891).

Le predette limitazioni imposte pei militari alla libertà di contrarre matrimonio, sono espressamente ristrette, come accennammo, ai sotto ufficiali, caporali e soldati *che si trovano in effettivo servizio;* e quindi non sono più applicabili, e lasciano luogo alla comune libertà a norma delle leggi generali, allorchè il militare venga a cessare dall'effettivo servizio sotto le armi.

Per quanto poi le accennate disposizioni siano dipendenti da motivi d'interesse dello Stato, non si è creduto conveniente di stabilirle a pena di nullità del matrimonio che in onta ad esse venisse contratto. Tanto che anche la citata legge 31 luglio 1871 (art. 8), all'ufficiale che contragga matrimonio senza avere ottenuto il regio assentimento, commina invece la decadenza dall'impiego; come di pene disciplinari parla il R. Decreto 27 luglio 1871, n. 371, riguardo ai matrimoni arbitrariamente contratti da militari di bassa forza. — L'impedimento non è dunque *dirimente*, come già fu avvertito, ma *proibitivo* soltanto.

Però oltre le sanzioni disciplinari ora accennate, contro i militari che contravvengano così alle norme del loro stato, resterebbe pure passibile di multa l'ufficiale di stato civile, a senso dell'art. 124 codice civile.

CAPO III.

Della celebrazione del matrimonio.

Sezione I.

Delle formalità preliminari del matrimonio (1).

Sommario. — 98. Motivi ed oggetti delle disposizioni di legge riguardanti le formalità preliminari. — 99. A) *Documenti* che devono essere presentati all'uffiziale dello stato civile. — 100. Come si supplisca nel caso d'impossibilità di produrre qualcuno fra tali documenti. — 101. *Dichiarazioni* che gli sposi debbono fare all'uffiziale dello stato civile. — 102. B) *Pubblicazioni;* — loro scopo — loro numero — da chi e come possa esserne concessa la dispensa. — 103. Perchè, da chi e come debba essere fatta formale richiesta per le pubblicazioni. — 104. Da qual ufficiale ed in quali luoghi, tempi e forme debbansi fare le pubblicazioni. — 105. Termini decorribili dalle pubblicazioni, prima e dopo dei quali non si può procedere alla celebrazione del matrimonio. — 106. Come debbasi constatare l'eseguimento delle disposizioni di legge relative alle pubblicazioni, e come procedere in caso di dispensa da amendue le pubblicazioni. — 107. Sanzioni delle prescrizioni che la legge ha fatte relativamente alle pubblicazioni. — 108. Eccezione alle regole concernenti le formalità preliminari, pei matrimoni *in extremis.*

98. Il matrimonio apportando alle persone che lo contraggono un cangiamento di stato civile che interessa al più alto grado, non solo le persone medesime, ma le loro famiglie e la società intiera, ed essendo perciò della massima importanza che non si proceda alla celebrazione di tale atto, senza che sia accertato prima l'adempimento di tutte quelle condizioni che la legge, nell'interesse pubblico, ha richieste affinchè quell'atto possa farsi; così ne è derivata la opportunità di stabilire alcune formalità preliminari alla celebrazione del matrimonio, le quali tendono appunto a questo scopo, di assicurare che siano adempite le condizioni volute dalla legge per poter contrarre matri-

---

(1) Cf. sopra, n. 36, pag. 123-124.

monio, e che a questo non osti veruno impedimento, non tanto dirimente quanto anche solo proibitivo. Fu insomma pensiero del legislatore in questa materia, essere miglior cosa il prevenire la conclusione di matrimoni illegali, anzichè riaffermare *ex post* l'autorità della legge, colla nullità dei matrimoni medesimi o con sanzioni penali.

99. *A*) Mezzo naturale a raggiungere un tal fine si è, innanzi tutto, la *produzione dei documenti* coi quali si possa comprovare in modo autentico l'esistenza delle condizioni volute dalla legge, e l'assenza di qualunque degli impedimenti da essa stabiliti, per la celebrazione del matrimonio. — Epperò è prescritto dall'articolo 79 del codice civile, che " Gli sposi debbono presentare all'ufficio dello stato " civile del Comune in cui intendono di celebrare il ma- " trimonio:

" 1° gli estratti dei loro atti di nascita „ affinchè sia così accertato, ove possa esserne dubbio, se vi sia la condizione riguardante l'età degli sposi (art. 55, codice civile), o se alcuno di essi abbisogni, per poter contrarre matrimonio, del consenso altrui, a termini degli articoli 63, 64, 65, 66 del codice, ed affinchè inoltre apparisca se esista, tra le persone che vorrebbero congiungersi in matrimonio, alcun impedimento nascente da vincolo di parentela;

" 2° gli atti di morte, o le sentenze che provino lo " scioglimento o la nullità dei precedenti loro matrimoni „ — per dimostrare la cessazione dell'impedimento che derivava dalle nozze anteriori (art. 56, cod. civ.), e quando ciò riguardasse la sposa, dimostrare eziandio che, essendo decorsi dieci mesi dallo scioglimento od annullamento del matrimonio precedente, sia venuto a mancare anche quel-l'*impedimento proibitivo* che risultava dalla disposizione dell'art. 57, cod. civ.; al che l'uffiziale dello stato civile deve porgere speciale attenzione (art. 72 del R. decreto 15 novembre 1865, n. 2602) sotto pena d'incorrere nella multa stabilita dall'art. 128 del codice;

" 3° gli atti comprovanti il consenso degli ascendenti, " o del consiglio di famiglia o di tutela, nei casi in cui è " dalla legge richiesto „ — cioè in quelli contemplati dagli articoli 63, 64, 65, 66 del codice civile;

" 4° tutti gli altri documenti che, nella varietà dei " casi, possono essere necessari a giustificare la libertà " degli sposi e la loro condizione di famiglia „ — quali sarebbero il decreto di dispensa dagl'impedimenti di parentela o di affinità, la sentenza con cui fosse stata rivocata l'interdizione alla quale uno degli sposi fosse stato soggetto; il permesso del Re o del ministro della guerra pel militare in attività di servizio, o per l'assimilato al militare; il provvedimento con cui la Corte d'appello, procedendo a termini dell'art. 67 del codice civile, avesse fatto ragione al ricorso contro il rifiuto di consenso degli ascendenti o del consiglio di famiglia o di tutela; la sentenza con cui fosse stata dichiarata l'assenza o pronunciata l'interdizione del genitore o dell'avo od avola che avrebbe avuto a prestare l'assenso pel matrimonio del figlio o discendente minorenne; l'atto di notorietà che provasse essere impossibile all'ascendente dello sposo minorenne il manifestare la propria volontà per una causa non risultante da altri modi legali, come avverrebbe nei casi di assenza presunta o di malattia mentale che non avesse ancora fatto luogo ad interdizione; la sentenza con cui fosse stata respinta l'opposizione che fosse stata fatta regolarmente alla celebrazione di quel matrimonio, da chi, per esempio, allegava la qualità di coniuge d'una delle persone che volevano contrarlo, ecc.

Pel caso che uno degli sposi sia stato legato prima in altre nozze, l'art. 79, § 3 del codice civile esige soltanto, come abbiamo visto, ch'egli presenti, oltre al proprio atto di nascita, anche l'atto di morte del coniuge precedente, o in mancanza di quest'atto la *sentenza* che provi lo *scioglimento* del matrimonio anteriore, che solo per quella morte può essersi verificato (art. 148, cod. civ. — cf. art. 392), e

finalmente se il matrimonio anteriore non sia rimasto sciolto per la morte del coniuge, ma sia stato annullato, si esige che lo sposo presenti la sentenza di annullamento. Ma nè il detto articolo 79 del cod. civ., nè l'art. 72 del Decreto sull'ordinamento dello stato civile, che parimente impone in simil caso allo sposo di " provare la presente " sua libertà di stato colla produzione dell'estratto di morte " del precedente coniuge o di copia della sentenza di an- " nullamento ", nè l'una nè l'altra di quelle disposizioni richiede che sia presentata la *fede dell'anteriore matrimonio*, com'era prescritto espressamente da qualcuna delle legislazioni che vigevano anteriormente al codice Italiano (vedi art. 302, cod. Parm.). Tuttavia, siccome la produzione anche dell'atto dell'anteriore matrimonio può essere necessaria per accertarsi, confrontando quest'atto con quello di morte del coniuge precedente, di quella identità di persona, senza cui non sarebbe provata la libertà di stato dello sposo; così sembra che l'uffiziale dello stato civile possa esigerlo, in virtù eziandio della disposizione generale dell'ultimo § dell'art. 79, che impone a ciascuno degli sposi di presentare *tutti quei documenti che, nella varietà dei casi, possono essere necessari a giustificare la loro libertà di stato.*

Se lo sposo fosse stato legato successivamente in più matrimoni anteriori, dovrebbe, rispetto a ciascuno di essi, provarne lo scioglimento o l'annullazione, presentando gli atti di morte o le sentenze relative.

Pel caso in cui sia necessario a tenor di legge *il consenso degli ascendenti o del consiglio di famiglia* o di tutela dello sposo, l'art. 79, § 4 dice che debbonsi presentare *gli atti comprovanti tale consenso.* Ciò non è però da intendersi in senso così stretto che quel consenso non possa essere prestato dalle persone designate dalla legge, comparendo esse personalmente davanti l'uffiziale dello stato civile. Chè anzi è questo il modo più naturale pei genitori od avi onde prestare il consenso a cui sono chiamati individualmente dalla legge. Ond'è che solamente nel caso in cui *il consenso degli*

ascendenti non sia dato personalmente davanti l'uffiziale dello stato civile, l'art. 81 del codice dichiara che tale consenso
" deve constare da atto autentico, il quale contenga la pre-
" cisa indicazione tanto dello sposo al quale si dà il con-
" senso quanto dell'altro..... ed esprima pure il nome e co-
" gnome, la professione e residenza, e il grado di parentela
" delle persone che danno il consenso ".

L'atto in tal caso dev'essere *anteriore alla richiesta delle pubblicazioni*, di cui diremo più oltre, perchè, secondo la espressa disposizione dell'art. 84 del codice " L'uffiziale
" dello stato civile *non può procedere alle pubblicazioni se*
" *non gli consta del consenso degli ascendenti*, o del consiglio
" di famiglia o di tutela, nei casi in cui tale consenso è
" necessario ".

Quell'atto deve inoltre essere *autentico*, cioè ricevuto da un notaio, che è l'ufficiale pubblico destinato appunto dalla legge a dare autenticità agli atti della vita civile. Nè a ciò potrebbe valere un atto speciale e separato, che fosse ricevuto dallo stesso ufficiale di stato civile, a cui si farà poscia la richiesta delle pubblicazioni, o da un altro uffiziale di stato civile, da quello per esempio del Comune in cui avesse domicilio l'ascendente che deve prestare il consenso. Infatti l'uffiziale di stato civile non ha mandato dalla legge per ricevere la prestazione del consenso degli ascendenti e darvi autenticità, fuorchè quando ciò segua all'atto della richiesta delle pubblicazioni, comparendo allora gli ascendenti personalmente davanti a lui per dare tale consenso, come dice l'articolo predetto 81 del codice civile. — Le forme speciali poi che il medesimo art. 81, nella parte che sopra testualmente riferimmo, prescrive per l'atto notarile nel quale gli ascendenti abbiano prestato il consenso anteriormente alla richiesta delle pubblicazioni pel matrimonio del loro discendente, sono stabilite allo scopo di ben determinare la *qualità delle persone* dalle quali il consenso è prestato, per accertare che siano identicamente quelle da cui la legge lo richiede, e d'individuare eziandio con precise

indicazioni le persone di amendue gli sposi, acciocchè il consenso abbia quel carattere di *specialità* che abbiamo visto esserne elemento essenziale (1).

Quando, in mancanza di ascendenti, il consenso debba esser dato dal *consiglio di famiglia o di tutela* (art. 65, 66, cod. civ.), non trattandosi allora d'individui, ma di un *corpo morale*, da cui dev'essere prestato il consenso, per deliberazione presa in seguito a discussione ed a maggioranza assoluta di voti (art. 258, cod. civ.), non è più caso che tale consenso possa darsi *personalmente davanti l'uffiziale dello stato civile;* nè d'altra parte può occorrere un *atto notarile*, mentre la deliberazione che il consiglio di famiglia o di tutela prenda a tale proposito si consegna in un *processo verbale*, che ha di per sè carattere di autenticità. Solamente anche in quel *processo verbale* sono necessarie, per identità di motivi, quelle indicazioni medesime che si richiederebbero nell'atto notarile in cui prestassero individualmente il loro consenso gli ascendenti; cioè il nome, cognome, professione, residenza, e qualità di ciascuno dei componenti il consiglio, e la *precisa indicazione tanto dello sposo al quale si dà il consenso, quanto dell'altro.*

Tali sono le ragioni giustificanti la disposizione del paragrafo ultimo dell'art. 81, espresso così: “ Il consenso del “ consiglio di famiglia o di tutela *deve constare da una de-* “ *liberazione contenente le indicazioni anzidette* „.

Pei casi in cui siavi *impossibilità di manifestare la propria volontà* (2), da parte di uno dei genitori o degli ascendenti chiamati dalla legge a consentire al matrimonio del figlio o discendente, o siavi disparere tra il padre e la madre, tra l'avo e l'avola, o tra l'una e l'altra delle due linee ascendenti, la prova di quella impossibilità o di questo disparere deve pure essere presentata all'uffiziale dello stato

(1) V. sopra, n. 79, pag. 296.

(2) Non si confonda la impossibilità di cui ora si parla, riguardante la *manifestazione del consenso* dei parenti, colla impossibilità per gli sposi di *esibire i documenti* ordinariamente richiesti, di cui diremo al n° seguente.

civile col mezzo di documenti autentici, per la ragione già più volte rilevata che l'uffiziale dello stato civile non ha competenza per emettere giudizi sull'esistenza dei fatti che non risultino accertati per mezzo di atti dei quali basti la semplice ispezione (1). In più modi può aversi, secondo la varietà dei casi, la *prova legale* dei fatti che producono la impossibilità di ottenere la manifestazione della volontà dell'ascendente intorno al matrimonio del proprio discendente. Così, se il genitore od ascendente sia morto, sarà col relativo atto dello stato civile che se ne somministrerà la prova; se sia assente dichiarato, od interdetto giudizialmente, sarà colla sentenza colla quale sarà stata dichiarata l'assenza (art. 24, cod. civile) o pronunciata l'interdizione (art. 328, cod. civ.); nel caso d'interdizione legale, sarà colla sentenza di condanna da cui quell'interdizione deriva.

Possono però verificarsi cause producenti per l'ascendente la impossibilità di manifestare la propria volontà, senza che tuttavia se ne abbia una prova legale precostituita. Tali sarebbero i casi di semplice *presunzione di assenza;* di *malattia mentale* per la quale non fosse stata pronunciata interdizione; di *altra infermità* che rendesse impossibile sia il presentarsi all'uffiziale dello stato civile, sia il procedere all'atto autentico di consenso, quantunque si trattasse di infermità guaribile in tempo più o meno lungo, quando intanto fosse urgente procedere alla celebrazione del matrimonio; ed infine anche di semplice *non presenza,* qualora non sapendosi il luogo in cui l'ascendente allontanato dal proprio domicilio si trovasse attualmente, divenisse impossibile il chiederne ed ottenerne il consenso, nè d'altra parte si potesse, senza grave danno, differire la celebrazione del matrimonio.

Ora per questi ed altri casi simili, nei quali può esservi in fatto la impossibilità di ottenere la manifestazione della volontà dell'ascendente, che sarebbe chiamato ad accon-

---

(2) V. sopra, n. 84, pag. 316, 325.

sentire al matrimonio del proprio discendente minorenne, quantunque non se ne abbia già una prova legale, ha provveduto il Decreto sull'ordinamento dello stato civile, collo stabilire che " Tale impossibilità (quella in cui è l'ascen-
" dente di manifestare la sua volontà) si prova:

" 1° colla produzione dei relativi documenti, quando
" essa consti già in modo legale, come nell'assenza dichia-
" rata, nell'interdizione pronunciata ed in casi simili;

" 2° *colla produzione di un atto di notorietà redatto nelle*
" *forme indicate dall'articolo* 80 *del codice civile, quando la*
" *impossibilità non consti ancora altrimenti nei modi legali,*
" *come nei casi di assenza presunta, di malattia mentale ed*
" *in casi simili* „ (art. 70, § 2 del R. Decreto 15 novembre 1865, n. 2602).

Per tal modo la prova della impossibilità di prestare il consenso per parte dell'ascendente viene parimente a risultare da un atto autentico, sul quale l'uffiziale dello stato civile ha da fare fondamento, senza rendersi giudice della realtà od insussistenza dei fatti che in quell'atto si trovano constatati, mediante la dichiarazione giurata dei cinque testimoni.

Delle forme prescritte dalla legge per tali atti di notorietà daremo qualche breve cenno in altro numero. Frattanto però, ad esaurire l'argomento del quale ora ci occupiamo, importa di vedere come si possa provare in modo autentico la diversa volontà delle persone che sarebbero chiamate insieme a consentire al matrimonio del minore, cosicchè il loro disparere autorizzi a prevalersi del consenso d'una sola di esse, a tenore degli articoli 63, § 1, p^{e} 2^{a}, 64, § 1, in f^{e} e 64, § 2, cod. civ. Intorno a che già osservammo che, sebbene non possa dirsi veramente *necessario* per poter contrarre matrimonio il consenso di certe persone, che pur sono chiamate a norma di legge a prestarlo, perchè *se i genitori sono discordi è sufficiente il consenso del padre* (art. 63, cod. civ.), *se l'avo e l'avola della medesima linea sono discordi basta il consenso dell'avo* (arti-

colo 64, § 1, cod. civ.) *ed il disparere tra le due linee equivale al consenso* (art. 64, § 2, cod. civ.), pure non perciò si può prescindere dall'interpellare anche la madre, anche l'avola, e gli ascendenti sì dell'una che dell'altra linea; nè l'uffiziale dello stato civile potrebbe procedere alla celebrazione del matrimonio, senza che gli fosse presentata la prova che tutte le persone designate dalla legge per la prestazione del consenso ne furono richieste, e che quelle fra esse la cui volontà è in caso di disaccordo posposta, secondo le disposizioni dei detti articoli 63 e 64, si rifiutarono di acconsentire. E dimostrammo eziandio che la prova di questa interpellanza, e del rifiuto seguìto, dovrebbe essere data all'uffiziale dello stato civile *in modo autentico*, come si esige che *consti da atto autentico* il consenso di coloro la cui volontà è preferita (v. d° articolo 81, codice civile) (1).

Resta qui solo a ricercare in qual modo possa ottenersi questa prova autentica. Il mezzo più naturale a tal fine è che la madre, o l'avola, o gli ascendenti della linea dissenziente, si presentino personalmente davanti all'uffiziale dello stato civile e dichiarino la loro volontà contraria alla celebrazione del matrimonio, il quale ciò non ostante potrà aver luogo in virtù del consenso prestato dal padre, o dall'avo, o dall'altra linea ascendentale. E quando una tale dichiarazione non sia fatta personalmente davanti l'uffiziale dello stato civile, potrà anche essere dimostrata col mezzo di un atto autentico, come con tale mezzo potrebbesi provare il consenso che fosse stato effettivamente prestato anche dalla madre, dall'avola o dall'altra linea ascendente. Che se nè l'uno nè l'altro di questi mezzi di prova si potesse ottenere, rimarrebbe aperta la via tracciata dall'art. 67 del cod. civ., del richiamo alla Corte d'appello, il cui provvedimento, emanato a termini dell'articolo predetto, diverrebbe allora il documento colla presentazione

(1) V. sopra, n. 84, pag. 315-316, e n. 85, pag. 331.

del quale si dimostrerebbe essere stato soddisfatto al voto della legge, quanto alle persone che dovevano essere chiamate a prestare il consenso al matrimonio.

100. Può avvenire che uno degli sposi sia nella impossibilità di presentare qualcuno dei documenti che gli sarebbero necessari, per dimostrare di poter contrarre il matrimonio a cui aspira. Alla quale impossibilità non potrebbe, senza grave inconveniente, corrispondere sempre un ostacolo insuperabile alla celebrazione del matrimonio, quando d'altronde la prova, che non si può somministrare nei modi legali ordinari, possa attingersi da altre fonti.

Uno di tali casi è stato espressamente previsto nell'articolo 80 del codice civile; il caso cioè in cui uno degli sposi *sia nella impossibilità di presentare l'atto della sua nascita;* e il predetto articolo ammette allora lo sposo a *supplirvi con atto di notorietà formato dinanzi al pretore del luogo della sua nascita* o *del suo domicilio.* — *Atto di notorietà* dicesi questo, in quanto che tende a comprovare, colla dichiarazione giurata di testimoni, che un dato fatto è *constante e notorio.* Non bisogna credere però che *l'atto di notorietà* possa supplire in tutto all'atto di nascita che manchi nei registri dello stato civile. Esso non è ammesso qui fuorchè in via di eccezione, e per favorire la celebrazione del matrimonio; ond'è che per tutt'altro rapporto non potrebbesi supplire con tal mezzo all'atto di nascita, e solo farebbesi luogo all'applicazione dell'articolo 364 del codice civile, per ammettere la prova della nascita col mezzo di documenti, di scritture od anche di testimoni, esclusivamente nei casi di completa mancanza, distruzione o smarrimento totale o parziale, od interruzione dei registri dello stato civile. Ma d'altra parte per la celebrazione del matrimonio non potrebbesi supplire alla mancanza dell'atto di nascita d'uno degli sposi con altro mezzo che con quello dell'atto di notorietà, espressamente e specialmente indicato dalla legge per questo scopo.

Affinchè poi possa essere accettato l'atto di notorietà, in luogo di quello di nascita che dovrebbesi presentare, occorre che sia provata la *impossibilità di produrre quest'atto di nascita* (d° art. 80, § 1, cod. civ.); perchè si verifichi qualcuno dei casi contemplati nel detto art. 364 del codice civile; o perchè, anche essendo inscritto l'atto di nascita, sia impossibile per circostanze eccezionali, ad esempio per interruzione di comunicazioni in causa di guerra o contagio, il procurarsene un estratto; o perchè, anche essendo stata omessa l'iscrizione di quell'atto di nascita nei registri, e potendo farsi tuttavia una iscrizione tardiva, le forme da seguirsi a tale scopo, che sono quelle del procedimento stabilito per la *rettificazione degli atti dello stato civile* (articoli 372, 401, 402, 403, cod. civ., — 845, 846, cod. prov. civ.), non siano conciliabili colla urgenza che si verifichi di celebrare il matrimonio.

L'uffiziale competente a ricevere l'atto di notorietà è il pretore del luogo in cui avvenne la nascita; e se la persona sia attualmente domiciliata in luogo diverso da quello in cui nacque, può anche rivolgersi al Pretore del luogo di domicilio (detto art. 80, § 1, cod. civ.).

Il secondo paragrafo del medesimo art. 80, stabilisce poi le condizioni e le forme dell'atto di notorietà; regolandole in guisa che da una parte si prevenga quanto è possibile ogni frode, dall'altra sia provveduto a supplire veramente all'atto di nascita, facendo constare in quello di notorietà tutte le circostanze che dall'atto di nascita dovrebbero risultare, ed infine sia secondato lo scopo di favorire la celebrazione del matrimonio, anche coll'ammettere come testimoni all'atto di notorietà persone che non sarebbero ammesse nell'atto di nascita, ma che talvolta possono meglio d'ogni altra essere informate dei fatti che si tratta di accertare.

Con tali viste è stata scritta la disposizione dell'art. 80, § 2 nei seguenti termini: “ L'atto di notorietà conterrà la “ dichiarazione giurata di *cinque testimoni* (confr. art. 351,

“ 366, cod. civ.) *dell'uno o dell'altro sesso* (confr. detto ar-
“ ticolo 351, cod. civ.), *ancorchè parenti degli sposi*, in cui
“ con tutta esattezza e precisione essi indicheranno *il nome*
“ *e cognome, la professione e residenza dello sposo e dei suoi*
“ *genitori*, se conosciuti, *il luogo e, per quanto sarà possibile,*
“ *il tempo di sua nascita, i motivi per cui non può produrre*
“ *l'atto corrispondente e le cause di scienza di ciascun te-*
“ *stimonio* „.

L'atto di nascita è desso, tra i documenti che gli sposi devono presentare all'uffiziale dello stato civile, il solo a cui si possa supplire, in caso d'impossibilità di produrlo, col mezzo dell'atto di notorietà? Od al contrario per qualunque dei documenti necessari per potersi unire in matrimonio, e la cui presentazione sia dimostrata impossibile, si potrà sostituirvi un atto di notorietà constatante quei fatti che da tale documento dovrebbero risultare?

La risposta affermativa, che si desse alla prima di queste domande, sarebbe un errore evidente; poichè abbiamo già visto che l'art. 70 n. 2 del R. Decreto 15 novembre 1865 sull'ordinamento dello stato civile ammette in termini espressi potersi provare colla produzione di un atto di notorietà la impossibilità in cui sia l'ascendente di manifestare la propria volontà in ordine al matrimonio del discendente minorenne, *quando tale impossibilità non consti ancora altrimenti nei modi legali* (V. num. prec.) ed abbiamo visto eziandio, che la morte di uno dei genitori o degli avi, la quale non risulti, come dovrebbe, dai registri dello stato civile, potrebbe parimente esser provata col medesimo mezzo dell'atto di notorietà, a termini del predetto art. 70 del R. Decreto 15 novembre 1865 (1).

Ma non meno erroneo sarebbe il cadere nell'eccesso opposto, ritenendo che per qualunque dei documenti che si devono produrre per potersi unire in matrimonio, fosse lecito, in caso d'impossibilità di quella produzione, il sup-

---

(1) V. sopra, n. 84, pag. 317-319.

plirvi, con un atto di notorietà. — È manifesto infatti non essere ciò ammissibile allorchè trattisi di atti pei quali la legge richieda speciali solennità; chè allora non sarebbe possibile il provare l'esistenza di tali atti in conformità della legge, se non colla produzione degli atti medesimi che si trovino rivestiti delle forme volute. Così se gli ascendenti, che sarebbero chiamati a prestare il consenso al matrimonio del discendente minorenne, non si presentino personalmente a questo scopo davanti all'uffiziale dello stato civile, è certo che non si potrebbe sostituire all'*atto autentico*, che si deve presentare a termini dell'art. 81 del codice, per provare l'assenso di quelle persone, un atto di notorietà in cui si attestasse che approvano il matrimonio che il loro discendente vuole contrarre, o che furono anche interpellati e rifiutarono di acconsentire la madre o l'avola o gli ascendenti dell'altra linea; cosicchè, avendo assentito nelle forme legali il padre o l'avo o gli ascendenti d'una delle due linee, il matrimonio potesse celebrarsi a norma degli art. 63, § 1 in f[e], 64, § 1 in f[e] e 64, § 2, cod. civile. Egli è chiaro infatti che in questo rapporto l'atto di notorietà è ammesso dalla legge e dal regolamento citato, per dimostrare *la impossibilità* nei parenti di prestare il loro consenso, non già per provare, all'opposto, *la prestazione effettiva* del consenso.

Parimente non vi ha dubbio che quando, a poter contrarre una unione coniugale, sia necessaria una decisione od un provvedimento, che emani da una determinata autorità e nelle forme di legge, non se ne potrebbe provare l'esistenza in altro modo che colla produzione di copia autentica della decisione o del provvedimento richiesto. Così se trattisi di provare che fu rimossa una opposizione legalmente fatta, che uno degli sposi ottenne l'annullamento del matrimonio in cui trovavasi anteriormente legato, o fu sciolto dall'interdizione che era stata contro di lui pronunciata, od ottenne dispensa dall'impedimento di età, o da quello di parentela od affinità, od essendo mili-

tare ebbe il permesso di contrarre matrimonio, tutto ciò non potrebbe certamente provarsi, in mancanza della copia autentica della decisione od atto necessario, col mezzo di un atto di notorietà.

Infine se trattisi di provare un fatto pel quale sarebbe stato rimosso un impedimento preesistente e risultante da un atto legale, e il mezzo di prova di quel fatto sia dalla legge determinato in una forma speciale, questa prova legale sarà la sola che possa contrapporsi all'atto parimente legale da cui risultava l'impedimento, per dimostrare che questo è cessato. Così se uno degli sposi era vincolato da un matrimonio precedente, non potrà essere ammesso a provarne lo scioglimento con un atto di notorietà, ma unicamente colla produzione dell'atto di morte del coniuge anteriore; salvo che nel caso previsto dall'art. 392 del codice civile (nel caso cioè in cui si fosse data sepoltura al cadavere senza autorizzazione dell'ufficiale dello stato civile, il quale non avvertitone non avesse potuto procedere all'accertamento della morte) basterebbe anche la sola produzione di copia della sentenza che avesse autorizzato l'ufficiale dello stato civile a ricevere la dichiarazione di morte, non fatta prima regolarmente, come lo ammette l'art. 79, § 3 del codice civile dichiarando che debbansi presentare dagli sposi “ gli atti di morte o *le sentenze* “ *che provino lo scioglimento..... dei precedenti loro matri-* “ *moni* „. Infatti la sentenza che autorizza l'ufficiale dello stato civile a ricevere l'atto di morte d'un coniugato basta già a constatare legalmente e pienamente *lo scioglimento del matrimonio*, ancorchè non si presenti la copia dell'atto che in virtù di quella sentenza dev'essere registrato negli uffizi dello stato civile.

101. L'avere determinato quali documenti debbano esser presentati all'uffiziale dello stato civile, per dimostrare l'esistenza delle condizioni volute dalla legge e la libertà da ogni impedimento per la celebrazione del ma-

trimonio, non basterebbe però a raggiungere completamente lo scopo di accertare l'esistenza di tutte quelle condizioni e l'assenza di tutti quegli impedimenti. Di alcuni tra questi sarebbe stata, se non assolutamente impossibile, certo malagevole sempre ed imbarazzante, talora incerta, la prova per documenti, colla quale si dovesse escluderne la possibilità; come sarebbe degli impedimenti derivanti dal vincolo di adozione (art. 60, codice civile) da interdizione giudiziale (art. 61, codice civile) da reato (articolo 62, codice civile). Di un altro impedimento poi non si potrebbe pensare a richiedere la presentazione del documento che ne provasse la cessazione, senza sapere che quell'impedimento abbia esistito anteriormente; e ciò è del matrimonio in cui sia stato prima vincolato uno degli sposi.

Pertanto fu savio provvedimento l'ordinare che gli sposi, o chi per loro si presenti all'uffiziale dello stato civile richiedendo che si facciano le pubblicazioni del futuro matrimonio, debba fare alcune *dichiarazioni*, riguardanti:

" 1° il nome, il cognome, la professione ed il luogo
" della nascita degli sposi;

" 2° il luogo di loro residenza nell'ultimo anno;

" 3° il nome, cognome, la professione e la residenza
" dei loro genitori;

" 4° se gli sposi abbiano ascendenti o padre adot-
" tivo, ovvero se sia richiesto il consenso del consiglio
" di famiglia o di tutela;

" 5° se tra gli sposi esista un qualche impedimento
" di parentela o di affinità;

" 6° se gli sposi abbiano già contratto precedente
" matrimonio;

" 7° se niuno degli sposi si trovi nelle condizioni
" accennate dagli art. 61 e 62 del codice civile „ (art. 67 del R. Decreto 15 novembre 1865, n. 2602).

Delle quali dichiarazioni alcune tendono a stabilire la identità delle persone (n. 1, 3); altre ad escludere la esi-

stenza di certi impedimenti (n. 5, 7); altre a riconoscere se vi sia la necessità di esigere la presentazione di certi documenti, o a dimostrare l'adempimento di condizioni volute dalla legge (qual'è il consenso degli ascendenti o del padre adottivo o del consiglio di famiglia o di tutela, *qualora uno degli sposi sia in età minorile*), o a provare la cessazione d'un impedimento preesistito (n. 4, 6); un'altra infine ha uno scopo speciale, e riguardante unicamente le pubblicazioni di cui diremo più oltre (n. 2).

Nè potendosi appagare delle sole dichiarazioni delle parti interessate, che potrebbero qualche volta intendere ad eludere e violare la legge, si è voluto che di tali dichiarazioni sia confermata la verità da testimonianze prestate sotto il vincolo del giuramento. L'ultimo paragrafo del predetto art. 67 del R. Decreto 15 novembre 1865, dispone infatti: " Le dichiarazioni fatte da chi richiede le " pubblicazioni devono essere confermate con giuramento " davanti all'uffiziale dello stato civile dai due testimoni " che firmano l'atto di richiesta „.

102. *B*) Allo scopo importantissimo di assicurarsi della esistenza di tutte le condizioni volute dalla legge per la celebrazione del matrimonio, e che nessuno impedimento vi ostasse, non bastavano ancora le formalità preliminari fin qui discorse. Bisognava provvedere a che il proposito degli sposi di unirsi in matrimonio divenisse noto al pubblico; affinchè le persone le quali avessero notizia di qualche impedimento che ostasse a quel matrimonio, potessero denunciarlo all'uffiziale dello stato civile o col mezzo d'una opposizione formale, se loro ne spettasse il diritto, od almeno e in ogni caso officiosamente. — A questo pubblico annunzio d'un futuro matrimonio si è dato appunto il nome di *pubblicazione;* e le norme con cui la legge ha regolato questa formalità tendono a designare al pubblico nella maniera la più precisa le persone che vogliono unirsi in matrimonio, ed a dar agio a chi conosca

impedimenti esistenti fra esse, di poterli denunciare in tempo opportuno.

" La celebrazione del matrimonio — dice l'articolo 70, " § 1 del codice civile — dev'essere preceduta *da due pub-" blicazioni* da farsi per cura dell'uffiziale dello stato " civile „.

Questa regola non è però così assoluta da non ammettere eccezioni.

Il codice Francese (art. 169) lasciava in facoltà del Capo dello Stato, o degli uffiziali da esso delegati a tal uopo, di *dispensare per cause gravi dalla seconda pubblicazione.* Il progetto ministeriale pel codice Italiano aveva seguìto la stessa massima, disponendo nell'art. 77 che " Il Re o le " Autorità da esso a ciò destinate potranno per gravi cause " dispensare *da una delle pubblicazioni* „.

La Commissione del Senato modificò questa proposta, ammettendo in circostanze più gravi, e sotto condizione di speciali cautele, la dispensa anche da amendue le pubblicazioni.

" Si è creduto bene (così leggesi nella relazione Vigliani, " § 57) di ammettere anche la dispensa di ambedue (le " pubblicazioni) per gravissime cause, mediante la presen-" tazione di un *atto di notorietà circa la non esistenza di " alcun impedimento tra i contraenti,* il quale atto offrirà " certamente una guarentigia non minore di quella che si " può sperare dalle due pubblicazioni „.

Uno dei componenti la Commissione di coordinamento proponeva di limitare la facoltà di dispensare da ambedue le pubblicazioni *al solo caso dei matrimonii in extremis;* parendogli che altrimenti si andrebbe incontro a pericoli di arbitrio e di abusi.

Ma fu risposto da altri, esservi casi nei quali sarebbe a deplorare che, per la impossibilità di adempiere alle rigorose formalità legali, rimanesse impedita la celebrazione di certi matrimoni; e ciò potersi verificare non solo nei casi di *estremo pericolo di vita* e principalmente *quando si volesse*

col matrimonio legittimar prole già nata, ma anche in molti altri casi di quasi uguale urgenza, come sarebbero quelli di partenza per lontane terre al di là dei mari, o di un militare che dovesse entrare in campagna, o che si trovasse alla vigilia di una battaglia.

Per queste considerazioni la Commissione, a grandissima maggioranza, respinse il proposto emendamento; ed accolse intieramente la disposizione recata dall'articolo 87 del progetto Senatorio (1), che divenne, con qualche lieve modificazione di pura forma, l'art. 78 del nostro codice attuale, espresso in questi termini:

“ Il Re o le Autorità a ciò delegate possono *per gravi* “ *motivi* dispensare *da una delle pubblicazioni*. In questo “ caso sarà fatta menzione della dispensa nell'unica pub- “ blicazione.

“ Può anche essere concessa *per cause gravissime* la di- “ spensa *da ambedue le pubblicazioni*, mediante la presen- “ tazione di un atto di notorietà, col quale cinque persone, “ ancorchè parenti degli sposi, dichiarino con giuramento, “ davanti al pretore del mandamento di uno di essi, di ben “ conoscerli, indicando esattamente il nome e cognome, la “ professione e la residenza dei medesimi e dei loro geni- “ tori, e di poter assicurare sulla loro coscienza che nes- “ suno degli impedimenti stabiliti dagli articoli 56, 57, 58, “ 59, 60, 61, 62 si oppone al loro matrimonio.

“ Il pretore deve far precedere all'atto di notorietà la “ lettura dei detti articoli, ed una seria ammonizione ai “ dichiaranti sulla importanza della loro attestazione e “ sulla gravità delle conseguenze che ne possono derivare „.

Quali siano le autorità delegate dal Re per poter concedere la dispensa da una delle pubblicazioni *per gravi motivi*, e la dispensa anche da amendue *per cause gravissime*, fu determinato coll'art. 82 del R. Decreto 15 novembre 1865, n. 2602, modificato poi con altro R. Decreto 14 febbraio

---

(1) V. Proc. verb., n. 7, § 3.

1869, n. 4872, nei seguenti termini: “ Il procuratore del
“ Re presso il tribunale nella cui giurisdizione trovasi l'uf-
“ fizio nel quale sarà celebrato il matrimonio, è delegato a
“ concedere per gravi motivi la dispensa da una delle
“ pubblicazioni.

“ Il procuratore generale presso la Corte d'appello dello
“ stesso luogo è delegato a concedere la dispensa da am-
“ bedue le pubblicazioni.

“ La domanda sarà presentata al procuratore del Re
“ corredata degli atti di nascita degli sposi e di consenso
“ degli ascendenti o del consiglio di famiglia o di tutela,
“ ove sia necessario, dell'atto di notorietà prescritto dal
“ primo capoverso dell'art. 78 del codice civ. e degli altri
“ documenti giustificativi che occorrono. Se la dispensa è
“ chiesta da ambedue le pubblicazioni il procuratore del
“ Re trasmetterà prontamente le carte colle assunte infor-
“ mazioni al procuratore generale. Contro il diniego della
“ dispensa chiesta da ambedue le pubblicazioni è ammesso
“ il richiamo al ministro di grazia e giustizia „.

La valutazione della gravità delle cause, che siano addotte a giustificazione della domanda di dispensa da una delle pubblicazioni o da amendue, è totalmente affidata alla prudenza dei magistrati che hanno la facoltà di concedere o negare tale dispensa; nè la legge avrebbe potuto tracciare intorno a ciò norme positive, tutto dipendendo dalle circostanze particolari e varie dei casi.

Tuttavia, come norma generale direttiva, è da ritenere che la gravità delle cause addotte debbasi considerare non tanto in relazione alla urgenza che vi sia di celebrare il matrimonio, cosicchè possa riuscire utile il risparmio di tempo che colla dispensa dalle pubblicazioni si può ottenere, per quanto esso non possa essere che breve; quanto ancora in relazione all'interesse, che in casi specialissimi può verificarsi, di derogare alla pubblicità preliminare, la quale talvolta potrebbe essere cagione di grave turbamento alle famiglie e di scandalo pubblico.

Le quali idee veggonsi anche confermate in una circolare che il ministro di grazia e giustizia emanò nel 18 febbraio 1869 relativamente alla esecuzione del citato Regio Decreto 14 febbraio. — In quella circolare, dopo avere accennato alla desiderabile uniformità dei criteri da seguirsi in tutto il Regno nel valutare le cause che possono giustificare la concessione della dispensa dalle pubblicazioni, si prosegue così:

" Questi criteri sono ormai determinati uniformemente
" in tutte le provincie del Regno, conosciuti ed applicati co-
" stantemente dagli uffizi del Pubblico Ministero chiamati
" ad esprimere il loro parere sulla concessione della di-
" spensa da ambedue le pubblicazioni. *La convivenza pro-*
" *tratta degli sposi*, per cui sono ritenuti nell'opinione
" pubblica quasi marito e moglie; il fatto che *dalla convi-*
" *venza medesima sia nata prole che vuolsi legittimare col*
" *matrimonio, evitando lo scandalo che deriverebbe da qual-*
" *siasi pubblicità; la disparata condizione di famiglia e di*
" *età dei fidanzati*, o le *precedenti relazioni esistite tra i me-*
" *desimi*, onde, per le deplorabili costumanze dei paesi, si
" suole nell'occasione delle pubblicazioni del matrimonio
" procedere ad imprudenti dimostrazioni, contro le quali
" suolsi reagire con vie di fatto e spargimento di sangue;
" *l'urgenza di celebrare il matrimonio* per il pericolo di vita
" in cui versa uno degli sposi, essendovi necessità di ripa-
" rare all'onore compromesso di una famiglia, tali e poche
" altre analoghe sono le cause che furono reputate legit-
" time per far luogo alla dispensa da ambedue le pub-
" blicazioni ".

103. Alle pubblicazioni non si può procedere fuorchè in seguito a formale richiesta *degli sposi*, o di quelle persone che la legge autorizza a fare tale istanza per loro. È questo un principio fondato sulla ragione e sul diritto comune; imperocchè trattasi dei preliminari d'un contratto, che non può formarsi fuorchè per volontà concorde delle

parti; e d'altro lato sarebbe cosa assai grave che fosse lecito ad una persona di disporre in questa guisa del nome di un'altra, senza ch'essa espressamente e formalmente vi acconsentisse. — La quale considerazione è stata riconosciuta dalla legge come degna di tanto delicato riguardo, che ha punito colla multa di L. 100 estendibile a 500 " l'uffiziale dello stato civile che abbia fatto procedere alla " pubblicazione di un matrimonio senza *la richiesta o il " consenso di ambidue gli sposi*, od in contravvenzione al" l'articolo 74 „ cioè senza che gli consti del consenso degli ascendenti o del consiglio di famiglia o di tutela, nei casi in cui tale consenso è necessario (art. 125, cod. civile). È parlato però in questo articolo *della richiesta o del consenso* di ambidue gli sposi; perchè, come ora vedremo, può bastare che la richiesta sia fatta da uno solo di loro, quando l'altro vi abbia espressamente acconsentito in atto autentico; il quale atto varrebbe allora come mandato all'altro sposo per richiedere le pubblicazioni; od anche può bastare che il consenso dell'altro sposo debbasi presumere in forza della promessa formale che, sotto le condizioni e nei modi stabiliti dalla legge, abbia fatta per quel matrimonio.

" La richiesta delle pubblicazioni (così l'articolo 73 del " cod. civ.) deve farsi da ambidue gli sposi personalmente, " o dal padre o dal tutore, o da persona munita da essi di " mandato speciale ed autentico. La promessa di matri" monio, fatta in conformità dell'art. 54, autorizza la ri" chiesta delle pubblicazioni „.

Vediamo qui riprodotta la enunciazione del principio fondamentale poco sopra dimostrato, che cioè non si possa procedere alle pubblicazioni, fuorchè sovra richiesta di amendue gli sposi o di chi legittimamente li rappresenti. Se non che non è punto necessario che a quest'atto preliminare della richiesta per le pubblicazioni essi intervengano personalmente, mentre invece è assolutamente indispensabile per l'atto della celebrazione del matrimonio (art. 94,

cod. civ.). Nell'atto della richiesta ciascuno degli sposi può essere rappresentato da un proprio mandatario convenzionale o legale. Ma quanto al primo non basterebbe un mandato generale ad amministrare i beni, che non avrebbe relazione alcuna con un atto della natura di quello di cui qui si tratta. Vuolsi dunque un *mandato speciale;* che cioè non solo riguardi esclusivamente all'atto di matrimonio che il mandante intende di contrarre, ma *determini la persona* colla quale il mandante medesimo vuole unirsi. Si richiede inoltre che tale mandato sia *autentico*, cioè ricevuto da un notaio.

Quanto poi al *mandato legale*, esso è deferito dalla legge al *padre* od al *tutore* dell'uno o dell'altro degli sposi. Parlare del tutore è quanto supporre necessariamente che lo sposo pel quale egli agisce sia *minore di anni ventuno*. Altrettanto non può dirsi veramente rispetto al padre; e potrebbesi pensare che avendo l'art. 73 concessa, con generica espressione, *al padre* la facoltà di richiedere le pubblicazioni pel matrimonio del figlio, non fosse da distinguere se quest'ultimo fosse in età maggiore o minore. Tuttavia sembra che possa opporsi a questa teoria l'essere contemplati con immediata prossimità nel testo della legge *il padre ed il tutore;* il che par che accenni abbastanza chiaramente che sì per l'uno come per l'altro suppongasi lo stesso caso di soggezione del figlio all'autorità loro. E ciò confermerebbero ancora i principî generali di diritto, coi quali sarebbe assai difficile spiegare il fondamento di un mandato legale che non riconoscesse la sua origine da quella soggezione del rappresentato all'autorità del rappresentante; chè sarebbe in verità una singolare facoltà questa che la legge conferisse al padre, di compromettere arbitrariamente il nome del figlio, uscito forse da lungo tempo da ogni subordinazione all'autorità sua, richiedendo per lui insciente o fors'anche riluttante, le pubblicazioni di un matrimonio. Solo potrebbesi sostenere, e pare non senza qualche buon fondamento, che la facoltà del padre di ri-

chiedere le pubblicazioni pel matrimonio del *figlio*, non si limitasse al tempo della *minorità comune* di quest'ultimo, ma si estendesse fino a tutto quel tempo durante il quale egli rimane soggetto all'autorità paterna *riguardo al matrimonio*, cioè fino ai *venticinque anni compiuti*, secondo il disposto dell'art. 63, codice civile. Il che anzi spiegherebbe la ragione per cui l'art. 73, autorizzando il padre a richiedere le pubblicazioni pel figlio, non abbia dichiarato che questi debba trovarsi *in età minorile*.

Sembra ancora, del resto, che ciò che l'art. 73 dice del padre, supponendo che da lui sia esercitata la patria podestà, od anche, finita questa, l'autorità sul figlio quanto al matrimonio ch'egli voglia contrarre, debbasi applicare anche alla madre, nel caso che a lei sia passato l'esercizio di tale podestà od autorità (art. 63, 220, cod. civile).

Alla regola secondo la quale non possono farsi le pubblicazioni, se non quando siano state richieste *da ambidue gli sposi*, il secondo paragrafo dell'art. 73 predetto fa una eccezione, pel caso che taluno abbia fatto promessa di matrimonio coll'adempimento delle condizioni e forme stabilite dall'art. 54. Quantunque tale promessa non produca una obbligazione legale di contrarre il matrimonio, e costringa solo il promettente, che senza giusto motivo ricusi di eseguirla, a risarcire l'altra parte delle spese fatte; pure la promessa medesima, emessa da persona pienamente capace ed in forma legale, giustifica se non altro la presunzione che il promittente acconsenta a che l'altro sposo possa richiedere anche per lui le pubblicazioni.

Ma quando la promessa sia stata fatta, a tenore dell'articolo 54 predetto, *per iscrittura privata*, " l'ufficiale " dello stato civile non può procedere alle pubblicazioni " se le firme dei contraenti, o di coloro che v'intervennero " per dare il loro consenso, non sono autenticate dal sin" daco del luogo in cui la promessa fu fatta o da un no" taio „ (articolo 66 del R. decreto 15 novembre 1865, n. 2602).

" La richiesta per le pubblicazioni deve farsi all'uffiziale " dello stato civile davanti al quale gli sposi celebreranno " il matrimonio „. Tale è la disposizione testuale dell'articolo 65 del R. decreto 15 novembre 1865, n. 2602. E siccome la celebrazione deve farsi *innanzi all'uffiziale dello stato civile del Comune ove uno degli sposi abbia il domicilio o la residenza* (art. 93, codice civile), così tanto all'uffizio del Comune in cui abbia domicilio, quanto a quello in cui abbia semplice residenza o l'uno o l'altro degli sposi, al momento in cui si richiedono le pubblicazioni, si potrà fare la predetta richiesta. Solamente, dopo l'elezione che gli sposi abbiano fatta, quell'uffiziale di stato civile, al quale abbiano rivolto la loro richiesta per le pubblicazioni, rimane il solo competente a celebrare il matrimonio; salvo però il poter richiedere che l'uffiziale di stato civile d'altro Comune vi proceda per delegazione, a norma dell'articolo 96, codice civile, se di ciò sia dimostrata la necessità o la convenienza; e salvo ancora il caso in cui le pubblicazioni fatte avendosi a considerare come non avvenute, per essere trascorsi 180 giorni senza che il matrimonio sia stato celebrato (articolo 77, codice civile), gli sposi richiedessero di nuove pubblicazioni un altro uffiziale di stato civile competente secondo la regola sopra riferita.

La richiesta si fa per atto che dev'essere ricevuto ed iscritto nei registri dello stato civile dall'uffiziale a cui quella è rivolta. Le forme di questo atto sono regolate dalle disposizioni del R. decreto 15 novembre 1865, n. 2602. Qui importa osservare questo solo, che è all'atto stesso della richiesta che gli sposi debbono fare tutte le dichiarazioni di cui parlammo nel numero precedente, ed i testimoni debbono affermarle vere sotto il vincolo del giuramento; ed è pure a quell'atto che devonsi produrre i documenti tutti i quali, secondo le fatte dichiarazioni, siano necessari per poter contrarre il progettato matrimonio, e fra le altre cose dimostrare di avere il consenso delle per-

sone da cui la legge lo richiede, se gli sposi od uno di essi siano in età minorile.

Così si appalesa quanto stretto legame vi sia tra queste formalità preliminari — cioè dichiarazioni da farsi all'uffiziale dello stato civile, loro confermazione giurata per parte dei testimoni, presentazione dei documenti, e richiesta delle pubblicazioni — le quali formalità costituiscono anzi un complesso di parti tanto strettamente connesse da formare un solo tutto, che si riassume nell'*atto di richiesta delle pubblicazioni*.

L'uffiziale dello stato civile non può rifiutarsi di procedere alle pubblicazioni delle quali è richiesto, fuorchè per cause ammesse dalla legge; cioè quando non sia adempiuta qualcuna delle condizioni e forme che la legge esige all'atto della richiesta, e principalmente quando non siano presentati tutti i documenti che, secondo le dichiarazioni fatte dagli sposi, sono ad essi necessari per potersi unire in matrimonio (articolo 68 del R. decreto 15 novembre 1865, n. 2602) o qualcuno dei documenti prodotti manchi della voluta regolarità. Le pubblicazioni, come vedemmo (sopra n. 102), non sono che un mezzo ulteriore adottato dalla legge, affinchè sia confermata la certezza morale che nessuno impedimento osti alla celebrazione del matrimonio che si vuol contrarre; ma ciò nulla toglie all'obbligo che incombe agli sposi, allorchè si presentano all'uffiziale dello stato civile, di dichiarare tutto ciò che riguarda la loro personalità e stato, e produrre tutti i documenti che valgano a dimostrare com'essi possano unirsi nel vincolo che intendono di contrarre, e solamente dopo di ciò si fa luogo alla formalità ulteriore delle pubblicazioni; alle quali pertanto l'uffiziale dello stato civile può e deve rifiutarsi finchè quelle prime condizioni e formalità non siano eseguite. Era però necessario provvedere a che le parti potessero rimuovere un rifiuto ingiusto od infondato; e per tale scopo fu disposto nell'art. 75 del codice civile, che “ se l'uffiziale “ dello stato civile non crede di poter procedere alle pub-

“ blicazioni, ne rilascierà certificato esprimente i motivi
“ del rifiuto.

“ Se il richiedente crede ingiusto il rifiuto, può ricorrere
“ al tribunale civile, che provvederà, premesse le conclu-
“ sioni scritte del pubblico ministero „.

104. Le pubblicazioni devono essere eseguite *per cura dell'uffiziale dello stato civile* (art. 70, § 1, cod. civile).

L'uffiziale dello stato civile a cui fu fatta la richiesta, perchè avanti a lui intendono gli sposi di celebrare il matrimonio, deve fuor di dubbio far eseguire le pubblicazioni nel Comune, ancorchè niuno degli sposi vi avesse residenza, ma solo uno di essi vi fosse legalmente domiciliato, come nel numero precedente abbiam visto potersi verificare. Se qualche dubbio potesse mai sorgere intorno a ciò, lo toglierebbe la disposizione dell'art. 83 del Dec. 15 novembre 1865 dove, in termini chiari ed assoluti, è stabilito che:
“ *Ricevuto il processo di richiesta* delle pubblicazioni,
“ l'ufficiale di stato civile stende l'atto di pubblicazione, e
“ *la fa eseguire alla porta della casa comunale* nelle due do-
“ meniche immediatamente successive „.

Ma se nel luogo in cui vuolsi celebrare il matrimonio, e dove quindi fu fatta la richiesta per le pubblicazioni, non abbiano la residenza amendue gli sposi, o ve l'abbiano trasferita da poco tempo, il limitare le pubblicazioni a quel solo Comune potrebb'essere insufficiente a raggiungere lo scopo, e talvolta potrebbe anche facilitare la via alle frodi; poichè è naturalmente nel luogo in cui abbia stabilita da tempo considerevole la propria residenza ciascuno degli sposi, che possono essere maggiormente conosciute le loro condizioni personali, le loro relazioni. Non bastando pertanto che le pubblicazioni si eseguiscano nel Comune in cui gli sposi intendano di celebrare il matrimonio, l'articolo 71 del codice civile ha disposto che “ Le pubblica-
“ zioni devono essere fatte *nel Comune in cui ciascuno degli*
“ *sposi ha la sua residenza.*

“ Se la residenza attuale duri da meno di un anno, le “ pubblicazioni devono pure farsi nel Comune della resi- “ denza precedente „.

Risultando da ciò che le pubblicazioni possono essere necessarie in più Comuni, ogni volta che in quello in cui fu fatta la richiesta non siano *residenti da un anno almeno amendue gli sposi;* diveniva poi necessario lo stabilire da chi dovessero essere richiesti di procedere alle pubblicazioni gli uffiziali di stato civile degli altri Comuni. Al che si è provveduto coll'art. 85 del R. decreto 15 novembre 1865, n. 2602, disponendo così:

“ Se le pubblicazioni devono farsi in altro Comune, “ l'uffiziale dello stato civile (davanti al quale gli sposi “ intendono di celebrare il matrimonio) rivolge all'uffiziale “ di quel Comune la richiesta di procedere alla prima e “ seconda pubblicazione, ovvero all'unica pubblicazione “ dell'atto *che gli trascrive per intero.*

“ Questa richiesta viene consegnata alla parte istante, “ affinchè si provveda per la sua esecuzione „.

Che se poi uno degli sposi abbia avuta, entro l'anno precedente alla richiesta, la sua residenza all'estero, non potendosi ivi richiedere l'eseguimento delle pubblicazioni, è stabilito dall'art. 75 del R. decreto 15 novembre 1865 che si debbano far eseguire le pubblicazioni nel luogo in cui lo sposo medesimo ebbe *l'ultimo domicilio* anteriormente al suo trasferimento all'estero, e che inoltre quello sposo debba far constare, colla produzione di opportuni documenti, la sua *libertà di stato pel tempo che dimorò all'estero.*

L'atto di pubblicazione, che l'uffiziale dello stato civile deve stendere dopo averne ricevuta la richiesta (d° art. 83 del R. decreto 15 novembre 1865) deve indicare “ il nome, “ il cognome, la professione, il luogo di nascita e la resi- “ denza degli sposi, se essi siano maggiori o minori di età, “ e il nome, il cognome, la professione e la residenza dei “ genitori (art. 70, § 2, cod. civ.), „ ed inoltre “ deve

" enunciare in principio se sia la prima o la seconda pub-
" blicazione, ovvero se sia l'unica per dispensa ottenuta, e
" davanti a quale ufficiale dello stato civile sarà celebrato
" il matrimonio „ (art. 84, R. decreto 15 novembre 1865, n. 2602).

Quest'atto si pubblica mediante affissione in uno spazio, presso alla porta della casa comunale, destinato esclusivamente a tale uso, che dev'essere indicato da apposita iscrizione a grandi caratteri (art. 72, § 1, cod. civ., 86, R. decreto 15 novembre 1865). L'affissione dev'essere eseguita ripetutamente *nelle due domeniche immediatamente successive alla richiesta*, e deve mantenersi nell'intervallo tra l'una e l'altra pubblicazione, e per tre giorni successivi all'ultima (articolo 72, codice civile, 83, R. decreto 15 novembre 1865). Tutto ciò allo scopo di dare all'atto la maggior possibile pubblicità, e lasciar tempo congruo a coloro i quali avessero conoscenza d'impedimenti che ostassero a quel matrimonio, di farli noti all'uffiziale dello stato civile, od anche di fare opposizione se ne sia caso. E per lo scopo stesso si esige eziandio che, qualora gli sposi abbiano ottenuta dispensa da una delle pubblicazioni, si debba farne menzione espressa nell'atto dell'unica pubblicazione che si eseguisce affinchè sia noto a tutti che trascorsi i tre giorni da quell'unica pubblicazione, senza che sia stata fatta alcuna opposizione, si potrà procedere alla celebrazione del matrimonio.

105. Per raggiungere completamente lo scopo della pubblicità che la legge si è proposto, era necessario stabilire un termine decorribile dall'ultima pubblicazione, o dall'unica se della seconda siasi ottenuta dispensa, prima del qual termine non si potesse procedere alla celebrazione del matrimonio. Solamente in questo modo potevasi conseguire l'utilità pratica del sistema delle pubblicazioni.

Fu pertanto opportunamente determinato nell'art. 76 del cod. civ. che:

" *Il matrimonio non può essere celebrato prima del quarto*
" *giorno dall'ultima pubblicazione* „.

La quale disposizione è in perfetto accordo con quella dell'art. 72, secondo cui abbiamo visto che l'atto deve rimanere affisso *per tre giorni successivi all'ultima pubblicazione.*

Non è necessario il dire che qualora le pubblicazioni avessero dovuto essere eseguite in altri Comuni, oltre a quello in cui fu fatta la richiesta, non sarebbe che dall'ultima delle pubblicazioni fatte in quel Comune in cui esse fossero state eseguite più tardivamente, che il detto termine potrebbe decorrere.

Quantunque l'art. 76, parlando dell'*ultima pubblicazione*, supponga il caso ordinario in cui ambedue le pubblicazioni siano state eseguite, non è però meno certa l'applicabilità di esso anche al caso in cui della seconda pubblicazione si fosse ottenuta dispensa; nel qual caso non sarebbe già l'intervallo che avrebbe dovuto passare tra la prima e la seconda pubblicazione, ma il termine dei tre giorni che avrebbe dovuto scorrere dopo l'ultima, che segnerebbe il tempo durante il quale non potrebb'essere celebrato il matrimonio. Se qualche dubbiezza potesse esservi intorno a ciò, essa dovrebbe cessare di fronte alla disposizione testuale dell'articolo 89 del decreto 15 novembre 1865, il quale, in conformità al detto art. 76, cod. civ., dichiara che " Trascorsi i tre giorni successivi
" alla seconda *ovvero all'unica pubblicazione,* senza che
" sia fatta alcuna opposizione, gli sposi possono presen-
" tarsi davanti l'ufficiale dello stato civile cui fecero la
" richiesta delle pubblicazioni, per essere uniti in ma-
" trimonio „.

La celebrazione del matrimonio si può effettuare appena cominciato il quarto giorno dopo quello dell'ultima o dell'unica pubblicazione, ed in qualunque ora di esso, senza attendere all'ora in cui la pubblicazione predetta sia stata eseguita.

L'essere trascorso il termine dei tre giorni dopo l'ultima o l'unica pubblicazione, non obbliga però sempre l'uffiziale dello stato civile a prestarsi, a richiesta degli sposi che gli si presentino, per la celebrazione del matrimonio. Oltre al caso, previsto nel surriferito art. 89 del R. decreto 15 novembre 1865, di una *opposizione* che sia stata fatta da chi ne ha la facoltà e per causa ammessa dalla legge, il cui effetto sarebbe di *sospendere la celebrazione del matrimonio* sino a che, per sentenza passata in giudicato, non fosse rimossa l'opposizione (art. 90, cod. civ.), avvi un altro caso ancora in cui l'ufficiale dello stato civile, non solo potrebbe, ma dovrebbe rifiutarsi alla celebrazione del matrimonio, non ostante che fosse trascorso il termine delle pubblicazioni, nè fosse stata fatta opposizione di sorta. Ciò è quando sia nel frattempo venuto a notizia dell'uffiziale predetto un qualche impedimento, non dichiarato all'atto della richiesta, che osti al divisato matrimonio; chè allora egli " *deve tosto informarne il pubblico* " *ministero* affinchè possa, se lo crede, farvi opposizione, " e *sospende intanto la celebrazione del matrimonio sino a* " *che il procuratore del Re gli abbia fatto note le sue de-* " *terminazioni* „ (art. 90 del R. decreto 15 novembre 1865, n. 2602).

Oltre al termine di cui finora abbiam parlato, e prima del quale non può essere celebrato il matrimonio, havvene un altro che la legge ha stabilito, e dopo il quale non potrebbesi più procedere alla celebrazione, senza nuova richiesta e nuove pubblicazioni. E veramente, dopo che sia trascorso un lungo tempo, il progetto di matrimonio può essere caduto in dimenticanza, e può esservi luogo a presumere che sia stato abbandonato; d'altra parte possono essere sorti nell'intervallo degl'impedimenti che non esistessero al tempo in cui furon fatte le pubblicazioni. Da questi motivi fu dettata la disposizione dell'art. 77, cod. civ. espressa come segue:

" Le pubblicazioni si considerano come non avvenute, se

“ il matrimonio non è celebrato nel termine dei centottanta
“ giorni successivi „.

Ravvicinando questo al precedente articolo del nostro codice, riesce molto evidente che i centottanta giorni debbono computarsi *cominciando dal quarto dopo quello dell'ultima pubblicazione;* poichè essendo da quel quarto giorno che è divenuta possibile la celebrazione del matrimonio, è ancora cominciando da quello che ha potuto essere imputabile agli sposi di averla ritardata oltre il tempo prefisso di 180 giorni. Dall'istante in cui l'ultimo giorno di questo termine sia compiuto (computandovi ben s'intende anche il quarto giorno dopo quello dell'ultima pubblicazione, poichè anche in esso era possibile celebrare il matrimonio) *le pubblicazioni si considerano come non avvenute;* epperò se il progetto di matrimonio non sia stato abbandonato, o sia ripreso, converrà procedere ad una nuova richiesta per fare nuove pubblicazioni.

Qualora siano state eseguite le pubblicazioni in più Comuni ed a date differenti, la disposizione dell'art. 77 sarà applicabile separatamente a ciascuna di esse; per guisa che la più antica si considererà come non avvenuta, dopo trascorsi 180 giorni, compreso il quarto dalla pubblicazione eseguita per la seconda volta, sebbene quel termine di 180 giorni non potesse considerarsi ancora come compiuto partendo dalla pubblicazione eseguita posteriormente in altro Comune. Questa interpretazione, che è la più naturale secondo le espressioni testuali dell'art. 77, è anche la più conforme a ragione; poichè le pubblicazioni le quali, per soddisfare al voto della legge, dovevano esser fatte in più Comuni, devono naturalmente essere rinnovate in quelli tra essi dove pel lungo tempo trascorso siano da reputare. secondo la presunzione della legge, aver perduta la loro efficacia. — Così pertanto potrà accadere che in un Comune abbiansi a rinnovare le pubblicazioni perente a termini dall'art. 77, sebbene in altri Comuni le pubblicazioni ivi eseguite conservino ancora il loro effetto.

106. L'adempimento delle disposizioni di legge concernenti le pubblicazioni si deve far risultare da *processi verbali*, che l'uffiziale di stato civile deve estendere nel registro delle pubblicazioni, ed in cui deve *indicare se la prima pubblicazione sia stata continuamente affissa nell'intervallo decorso fino alla seconda, e se la seconda, ovvero, in caso di dispensa, l'unica pubblicazione, sia stata affissa per tre giorni successivi* (art. 87, 8, R. decreto 15 novembre 1865, n. 2602).

Lo stesso uffiziale deve poi rilasciare alla parte un certificato delle *eseguite pubblicazioni*, esprimente che l'atto rimase affisso per tutto il tempo stabilito dalla legge (d° art. 87 del R. decreto 15 novembre 1865). Ciò s'intende pel caso in cui si tratti di pubblicazioni che abbiano dovuto eseguirsi in altri Comuni oltre a quello in cui ne fu fatta dagli sposi la richiesta; chè allora appunto *i certificati delle seguite pubblicazioni* sono tra i documenti che gli sposi hanno obbligo di presentare all'ufficio dello stato civile del Comune in cui intendono di celebrare il matrimonio, come in caso di dispensa da una delle pubblicazioni o da amendue hanno obbligo di presentare il relativo decreto (art. 79, § 5, cod. civ.).

Quanto all'uffiziale dello stato civile a cui fu fatta dalle parti la richiesta delle pubblicazioni, egli non deve consegnare alla parte il certificato delle pubblicazioni da lui fatte eseguire, ma all'atto della celebrazione del matrimonio, a cui poscia procede, deve unire come allegato *un certificato comprovante le seguite pubblicazioni nel suo Comune e la niuna opposizione a lui notificata* (art. 89, § u° del decreto 15 novembre 1865, n. 2062).

Nel caso che gli sposi siano stati dispensati da ambedue le pubblicazioni, non potendo esservi luogo a nulla di tutto ciò che è stato discorso nel presente numero, non è tuttavia da prescindere da qualunque formalità preliminare. L'art. 77 del decreto 15 novembre 1865 ha provveduto colla seguente disposizione:

" Quando gli sposi siano stati dispensati da ambedue le
" pubblicazioni, l'uffiziale dello stato civile prima di pro-
" cedere alla celebrazione del matrimonio, riceve la di-
" chiarazione indicata nell'art. 67 (1), coi documenti
" giustificativi, e ne stende processo verbale nel registro
" per la richiesta delle pubblicazioni, accennando in fine
" del medesimo che queste si omettono per dispensa
" ottenuta ".

107. L'inadempimento di qualunque delle disposizioni di legge relative alle formalità preliminari non è causa di nullità del matrimonio, se d'altronde non manchi nessuna dl quelle condizioni che la legge ha stabilite come necessarie alla validità legale di esso.

Tuttavia anche queste formalità preliminari sono rigorosamente richieste dalla legge; la quale in mancanza di esse proibisce all'uffiziale dello stato civile, sotto severe pene pecuniarie, di prestarsi alla celebrazione del matrimonio. E perciò appunto l'assenza di queste condizioni di forma costituisce impedimento, non dirimente, ma *proibitivo*.

L'uffiziale dello stato civile è soggetto ad una multa da L. 100 a 500, se abbia fatto procedere alla pubblicazione di un matrimonio senza la richiesta o il consenso di ambidue gli sposi, o senza il consenso dei loro ascendenti o del consiglio di famiglia o di tutela nei casi in cui tale consenso è necessario (art. 125, cod. civ.); come pure se nell'atto della richiesta, in quello di pubblicazione nell'affissione e durata di essa abbia trascurato l'adempimento delle prescrizioni di legge, o siasi rifiutato di procedere alle pubblicazioni senza rilasciarne alla parte il certificato esprimente i motivi del rifiuto, od abbia proceduto alla celebrazione del matrimonio prima che dall'ultima o dall'unica pubblicazione fosse decorso il ter-

(1) V. sopra, n. 101, pag. 377.

mine stabilito (art. 126, cod. civ.). Incorre poi nella multa da 500 a 2000 lire, se procede alla celebrazione senza che gli siano stati presentati dagli sposi tutti i documenti che secondo le dichiarazioni da essi fatte sono necessarie affinchè possano unirsi in matrimonio (articolo 124 in f., codice civile); ed incorre nella multa di L. 200 a 1000 se celebri il matrimonio senza avervi fatto precedere le necessarie pubblicazioni (art. 123, cod. civ.). In questo ultimo caso la stessa multa è applicabile eziandio agli sposi, ai quali pure è imputabile di avere contravvenuto alla legge. Non così negli altri casi sovraccennati, nei quali deve pesare esclusivamente sull'uffiziale dello stato civile la responsabilità di non avere curato, in un atto che egli riceveva per proprio ufficio, l'adempimento delle forme dalla legge prescritte.

108. Abbiam visto già sopra una eccezione a cui vanno soggette le regole ordinarie relative alle formalità preliminari del matrimonio; ma quella eccezione riguardava soltanto una parte speciale di tali formalità, cioè le pubblicazioni, delle quali per cause gravi o gravissime può ottenersi dispensa, sia per limitarne il numero, sia per evitarle amendue, rimanendo però ferma sempre, sì nell'uno che nell'altro caso, la necessità delle altre forme preliminari, quali sono le dichiarazioni degli sposi davanti all'uffiziale dello stato civile, e la presentazione di tutti i documenti che secondo le fatte dichiarazioni siano loro necessari per potersi unire in matrimonio; ed inoltre, nel caso di dispensa da ambedue le pubblicazioni, rendendosi necessario di sostituire ad esse un atto di notorietà da cui risulti che nessun impedimento si oppone al divisato matrimonio.

Vi hanno però anche casi nei quali, per particolare eccezione, è tolta dalla legge la necessità di *tutte* le formalità preliminari che sono per regola comune prescritte. Uno di essi è determinato dall'art. 92 del cod. civ. che dichiara

non applicablili al Re ed alla famiglia reale le disposizioni risguardanti le formalità preliminari e le opposizioni al matrimonio.

Un'altra eccezione pure risulta dall'art. 78 del decreto 15 novembre 1865 sull'ordinamento dello stato civile, ove è detto che: " Nel caso d'imminente *pericolo di vita, se* " *gli sposi hanno prole naturale vivente che intendono di legit-* " *timare*, l'ufficiale dello stato civile può procedere alla " celebrazione del matrimonio, *omessa ogni formalità*, purchè " vi preceda la dichiarazione giurata di quattro testimoni " che accertino non esistere fra gli sposi impedimento di " parentela, di affinità o di stato, e siavi il consenso degli " ascendenti o del tutore ".

Due sono pertanto le condizioni necessarie a verificarsi per far luogo a questa eccezione; 1° che uno degli sposi sia in pericolo imminente di vita; 2° che essi abbiano prole naturale vivente che intendano di legittimare col matrimonio che vogliono contrarre.

La prima di queste condizioni dovrebbe risultare da attestazione medica; e spetterebbe all'ufficiale dello stato civile, sotto la propria responsabilità, ed incorrendo altrimenti nella pena pecuniaria stabilita, come abbiam visto, dall'art. 123 del cod. civ., il riconoscere che l'imminente pericolo di vita fosse dimostrato abbastanza dal certificato presentatogli.

Quanto poi alla seconda condizione, sembra doversi intender compresi sotto l'espressione — *prole naturale vivente* — anche i figli d'un figlio naturale premorto; avvegnachè sia disposto dall'art. 196 del cod. civ. che *può anche aver luogo la legittimazione dei figli premorti, in favore dei loro discendenti.*

La intenzione di legittimare i figli, per susseguente matrimonio fra i genitori deve risultare da dichiarazione espressa fatta dagli sposi all'uffiziale dello stato civile all'atto in cui lo richiedono di procedere alla celebrazione del matrimonio nel modo eccezionale ammesso dal detto

art. 78 del decreto 15 novembre 1865, e contemporaneamente alla celebrazione dovrebb'essere fatta formalmente da ambedue gli sposi la dichiarazione di riconoscimento della loro prole naturale; in difetto di che non potrebbesi applicare il benefizio eccezionale del predetto art. 78.

Verificandosi il concorso delle accennate due condizioni, l'uffiziale dello stato civile (così l'articolo surriferito) " può procedere alla celebrazione del matrimonio *omessa* " *ogni formalità* ". Il che deve intendersi delle *formalità preliminari ordinarie;* alle quali però se ne sostituisce un'altra eccezionale, che la legge ha destinato, per quanto la specialità e l'urgenza del caso poteva permetterlo, a supplire a quelle; cioè *la dichiarazione giurata di quattro testimoni che accertino non esistere fra gli sposi impedimenti di parentela, di affinità, o di stato* non libero per vincolo attualmente esistente di un matrimonio precedentemente contratto. — Del resto questa formalità, quantunque *debba precedere alla celebrazione del matrimonio* (cioè alla dichiarazione degli sposi di volersi prendere in marito e moglie, ed alla pronunciazione dell'union coniugale fatta dall'uffiziale dello stato civile in nome della legge) non deve compiersi però in atto separato e preambolo, ma contestualmente all'atto stesso della celebrazione.

L'espressione surriferita — *omessa ogni formalità* — è però più estesa di quanto sia veramente la intenzione, abbastanza manifesta del resto, del legislatore. Il motivo infatti della disposizione di cui parliamo dimostra da per sè essersi in essa voluto dispensare gli sposi da quelle formalità il cui adempimento, esigendo l'impiego di qualche tempo, contrasterebbe coll'urgenza derivante dall'imminente pericolo di vita d'uno degli sposi e dalla loro intenzione di legittimare col susseguente matrimonio la prole naturale vivente che dalla loro relazione anteriore hanno avuto.

Conformemente a tale motivo deve dunque essere omessa

la formalità delle pubblicazioni, ed anche l'altra della presentazione dei documenti, che possono non aversi in pronto dagli sposi. Ma l'urgenza per la celebrazione del matrimonio non può opporre nessun ostacolo all'adempimento dell'altra formalità preliminare, consistente in quelle dichiarazioni che gli sposi devono fare all'uffiziale dello stato civile anche nel caso in cui, per dispensa ottenuta, si omettono totalmente le pubblicazioni (art. 67 e 77 del decreto 15 novembre 1865 sull'ordinamento dello stato civile) e tale formalità dovrà pertanto anche in questo caso essere eseguita.

D'altra parte poi non sono che le predette *formalità preliminari* quelle di cui l'art. 78 del decreto ammette la dispensa nel caso ivi contemplato. Ma all'opposto rimane inalterata la necessità dell'osservanza di tutte le condizioni necessarie alla validità legale del matrimonio. Il chè è tanto vero che lo stesso art. 78 richiede espressamente che “ *siavi il consenso degli ascendenti o del tutore* „ supponendo però, ben s'intende, che uno almeno degli sposi sia in quello stato di minorità nel quale il consenso dei genitori, degli ascendenti o del consiglio di famiglia o di tutela, gli è necessario per contrarre matrimonio, a tenore degli art. 63 al 66 del cod. civ. — Se non che in questo caso speciale del matrimonio *in extremis* è sostituito *il consenso del tutore* a quello che, secondo le regole ordinarie, dovrebb'essere prestato dal *consiglio di famiglia o di tutela;* il cui assenso dovendo constare da una formale deliberazione (art. 81, § u°, cod. civ.) alla quale dovrebbe precedere una convocazione regolare di tutti i componenti il consiglio, ne risulterebbe un ritardo inconciliabile colla urgenza che si suppone nel caso.

Sezione II.

Delle forme di celebrazione del matrimonio.

Sommario. — 109. Importanza e valore diverso delle singole formalità di celebrazione del matrimonio. — Partizione dell'argomento. — 110. A) *Ufficiale* pubblico davanti a cui devesi celebrare il matrimonio. — 111. Come si determini la competenza di lui. — 112. Continuazione. — Se sia personale o territoriale la competenza dell'ufficiale di stato civile — applicazione rispetto ai Comuni divisi in *quartieri* o *sezioni*. — 112bis. In quali casi, senza violazione della regola di competenza, possa celebrarsi il matrimonio davanti ad altro ufficiale di stato civile. — 113. B) *Luogo* in cui deve essere celebrato il matrimonio. — Eccezioni. — 114. C) *Forme* richieste per la celebrazione del matrimonio. — 115. 1) Presenza personale delle parti — 116. 2) Assistenza dei testimoni. — 117. 3) Lettura di alcuni articoli di legge. — 118. 4) Manifestazione di volontà di ciascuno degli sposi. — 119. 5) Pronunciazione dell'unione coniugale. — 120. 6) Compilazione dell'atto di matrimonio. — 121. D) Rifiuto dell'ufficiale alla celebrazione del matrimonio — reclamo contro il rifiuto.

109. In più occasioni osservammo che il matrimonio, implicando un contratto rispetto alla causa da cui procede, ma costituendo, ben più che un semplice contratto, un vero istituto sociale in riguardo alle conseguenze ed agli effetti che esso produce, trovasi in quasi tutte le legislazioni civili ascritto alla categoria degli atti *solenni;* nel senso che alcune almeno delle formalità prescritte per la sua formazione, riguardano non soltanto la prova, ma la validità intrinseca o anzi la essenza medesima dell'atto. Così è anche pel codice Italiano; dove le varie formalità relative alla celebrazione del matrimonio hanno in complesso per iscopo di assicurare sopratutto la serietà e la libertà perfetta del consenso su cui la unione coniugale si fonda. Segue da ciò che anche in questo argomento torna applicabile la distinzione, già in precedenza spiegata (1), riguardo ai requisiti in genere del matrimonio; dei quali alcuni sono necessarii per la sua *esistenza giuri-*

---

(1) V. sopra, n. 34, pag. 117.

dica; altri per la sua *validità civile*, sicchè la mancanza di essi induce soltanto la *annullabilità* del matrimonio stesso; altri infine sono guarentiti unicamente con sanzioni penali.

Senonchè la classificazione delle forme di celebrazione del matrimonio può esser determinata in modo diverso, secondo che si abbia riguardo allo scopo e alla funzione sociale di quelle forme, o invece al loro speciale valore giuridico e alle sanzioni pratiche del loro adempimento.

Sotto il primo aspetto sono criterii o principii direttivi della legge: 1° la *pubblicità* della celebrazione; 2° l'intervento di un *ufficiale di stato civile*, come organo e rappresentante della società; 3° la presenza e la dichiarazione *personale* degli sposi (art. 94, cod. civ.).

Sotto il secondo aspetto, le singole forme o fasi della celebrazione si presentano come in una scala di valore decrescente. E dallo svolgimento che ora daremo a questa importante materia apparirà che in risultato le formalità medesime possono essere raggruppate così:

Forme essenziali (la cui mancanza renderebbe il matrimonio *inesistente*): 1° la *qualità* di ufficiale di stato civile nel funzionario celebrante; 2° la *dichiarazione di consenso* da parte degli sposi; 3° la *pronunciazione* solenne dell'unione coniugale da parte dell'uffiziale.

Forme di validità civile: 1° la *competenza* locale e personale dell'ufficiale; 2° l'*assistenza* dei testimoni.

Forme regolamentari: 1° il *luogo* di celebrazione; 2° la *lettura* di alcuni articoli del codice; 3° la *compilazione* dell'atto di matrimonio.

Chiarito questo, procederemo ora all'esame analitico di questi diversi elementi di forma, seguendo tuttavia l'ordine naturale in cui essi successivamente procedono. Salvochè qui ci occuperemo solo delle norme *comuni* per la celebrazione del matrimonio; riservandoci di trattare in apposita appendice delle norme speciali, secondo la nostra legislazione, pei matrimoni di certe persone.

110. *A*) Il funzionario dinanzi al quale dev'essere celebrato il matrimonio è *l'uffiziale dello stato civile* (articolo 93, cod. civ.), cioè il sindaco, o chi ne fa le veci, od un assessore o consigliere comunale da lui delegato (art. 1 del R. decreto 15 novembre 1865, n. 2602). Ed è questa, come più volte si ebbe occasione di osservare, una condizione *essenziale;* di guisa che il matrimonio dovrebbesi riguardare non tanto come civilmente *nullo,* ma assolutamente *inesistente* in diritto, se anche fosse contratto davanti un funzionario pubblico, il quale però non avesse la qualità di ufficiale dello stato civile (1).

Alla esistenza giuridica del matrimonio basta però che l'atto della celebrazione di esso sia ricevuto da un ufficiale dello stato civile, ancorchè non sia quello a cui dalla legge era attribuita speciale competenza a celebrare quel tale matrimonio; poichè una simile incompetenza produce soltanto l'annullabilità, quantunque *assoluta,* del matrimonio medesimo (2).

111. L'uffiziale dello stato civile competente a ricevere l'atto di matrimonio è quello *del Comune ove uno degli sposi abbia il domicilio o la residenza* (art. 93, cod. civ.). Fu già altra volta accennato lo scopo pel quale non si permise celebrarsi il matrimonio dinanzi a qualunque uffiziale dello stato civile, ma si designò come esclusivamente competente quello del Comune di domicilio o residenza d'uno degli sposi. Quello scopo era di guarentire nel modo più efficace l'accertamento perfetto e solenne della verità e lealtà dell'atto, e premunirsi contro ogni sorpresa e frode possibile, chiamando ad assistere alla celebrazione del matrimonio quell'uffiziale dello stato civile che potesse supporsi in condizione di meglio conoscere le parti e le loro qualità personali.

---

(1) V. sopra, n. 33, pag. 114-116 e n. 41, pag. 138.
(2) V. sopra, locc. citt.

D'altro lato però, per concedere agli sposi le maggiori facilità possibili e non restringere soverchiamente la loro libertà di scelta, circa il luogo in cui volessero contrarre il matrimonio, la competenza dell'uffiziale dello stato civile non è stata limitata esclusivamente al luogo di *residenza* d'uno degli sposi o di amendue, ma si è lasciato loro la facoltà di scegliere tra il luogo di *residenza* e quello di *domicilio*. — E in ciò si è fatta differenza a fronte di quanto è stabilito per le pubblicazioni, le quali debbono sempre farsi nei luoghi di *residenza* attuale di ciascuno degli sposi, ed anche nei luoghi di loro residenza precedente, se l'attuale duri da meno di un anno (art. 71, cod. civ.); perchè il fine stesso delle pubblicazioni esigeva assolutamente ch'esse si facessero appunto nel luogo di residenza, dove essendo più da vicino e da maggior numero di persone conosciuti gli sposi, le loro condizioni ed i loro rapporti, era più facile che si rivelassero gl'impedimenti i quali si opponessero, secondo la legge, alla celebrazione del matrimonio (1).

L'art. 93, nel determinare la competenza dell'uffiziale dello stato civile per la celebrazione del matrimonio, parla in modo generale, e senza nessuna limitazione, del *domicilio* o della *residenza* degli sposi o d'uno d'essi. Brevi avvertenze occorrono sul significato di queste parole.

Non è necessario dire, quanto al *domicilio*, che quella disposizione si riferisce unicamente al *domicilio civile generale*, essendo evidentemente inammissibile che con una elezione di *domicilio speciale* potesse cangiarsi la competenza dell'uffiziale dello stato civile, contro i fini d'ordine pubblico che la legge ha avuto nel determinarla.

Ma purchè si tratti di domicilio civile *generale*, poco importa ch'esso sia di *diritto* piuttosto che *reale;* e se *reale*, sia *acquisito* o *d'origine;* e se acquisito lo sia da tempo più o meno lontano. Qualunque distinzione si

---

(1) V. Proc. verb., n. 7, § 2.

volesse introdurre in questo proposito, sarebbe contraria alla generalità del testo dell'articolo 93; nè poi sarebbe appoggiata a sufficienti motivi di differenza tra l'un caso e l'altro.

Il codice Italiano non ha riprodotta la disposizione dell'art. 74 del codice Francese, il quale dichiarava che " il domicilio per ciò che risguarda il matrimonio ", si avrà per istabilito " da sei mesi di abitazione continua " nello stesso Comune "; disposizione tanto oscura ed ambigua, che su questo punto importante del *domicilio matrimoniale* aveva dato luogo a sistemi differenti, ciascuno dei quali poteva trarre dal testo della legge argomenti gravissimi, mentre d'altra parte nessuno di quei sistemi aveva diritto a vantarsi vittorioso delle obbiezioni che dal testo medesimo potevano attingersi. Fu pertanto riputato miglior consiglio il riferirsi al *domicilio ordinario* determinato secondo le regole comuni, lasciando però, come sopra si disse, la facoltà agli sposi di preferire al luogo di loro *domicilio* quello di *residenza*. E questa, non è necessario che abbia durato anteriormente per un certo tempo, poichè la legge, parlando in modo generale, di residenza, si riferisce manifestamente ed unicamente alla *residenza attuale* degli sposi al tempo della celebrazione del matrimonio. Nè in senso contrario potrebbesi dedurre nessuno argomento dalla disposizione dell'art. 71, che in riguardo alle pubblicazioni vuole che si consideri anche la residenza precedente qualora l'attuale duri *da meno di un anno*. Nelle discussioni della Commissione coordinatrice si pensò se intorno a questo punto potesse mai sollevarsi qualche dubbio, che quindi fosse opportuno antivenire con dichiarazione esplicita nel testo della legge. Ma si osservò che " non concorrendo pel luogo della celebrazione del matrimonio gli stessi motivi che concorrono per quello delle pubblicazioni, era da riputare che " nel primo di detti casi, cioè in quello della celebrazione del matrimonio, *la legge si contentasse della resi-*

“ *denza, senza riguardi di data* „, e si tenne come sufficiente l'esprimere questa dichiarazione nel processo verbale (1).

Quanto poi alla *residenza* di uno degli sposi, pure considerata come luogo in cui può avvenire la celebrazione del matrimonio, è certo parimenti che la *residenza* deve intendersi in senso legale, cioè come il luogo in cui la persona abbia la sua dimora *abituale* (cf. art. 1652, cod. civ.)(2); ciò essendo evidentemente conforme ai motivi sopra ricordati della legge nel prefiggere il luogo di celebrazione del matrimonio. Sembra pertanto che sia incorsa in una improprietà di espressione (benchè non di concetto) la Corte d'appello di Palermo, quando dichiarò necessario per la validità del matrimonio che esso sia celebrato davanti l'ufficiale di stato civile del domicilio o della *dimora* degli sposi; mentre dal contesto della sentenza apparisce che essa intendeva designare con questa parola la *residenza* degli sposi (3).

Dalle cose esposte risulta dunque manifesto come sia libero alle parti di scegliere, per luogo di celebrazione del loro matrimonio, tanto il Comune di loro domicilio quanto quello di loro residenza, se risiedano attualmente in luogo diverso da quello in cui abbiano di diritto o realmente il loro domicilio generale d'origine od acquisito; e come poi, qualora gli sposi abbiano domicilii o residenze diversi l'uno dall'altro, abbiano parimenti facoltà libera di scegliere tra il domicilio o residenza dell'uno e quello dell'altro.

112. La competenza dell'uffiziale dello stato civile, determinata così come abbiam visto nel numero precedente, è dessa *puramente territoriale*, o *puramente personale*, o *personale e territoriale* ad un tempo?

---

(1) V. Processi verbali, n. 7, § 2.
(2) V. il Vol. IV di questo Corso, n. 90-91, pag. 268-272.
(3) Corte d'app. di Palermo, 17 febbraio 1879 (nel *Circolo giuridico*, 1879, 65).

Era questo un punto gravemente controverso nella dottrina Francese, ma che sembra risolto con sufficiente chiarezza dalle disposizioni del codice Italiano. In generale la competenza dei funzionari pubblici, determinata dalla legge, è da riguardare come *territoriale;* nel senso che quella competenza è limitata, non solo per la natura degli atti che tali funzionari, nella qualità di cui sono legalmente rivestiti, possano compiere, ma eziandio quanto ai confini del territorio entro cui esclusivamente essi sono chiamati ad esercitare l'ufficio loro, e fuori dei quali sono considerati come spogliati del loro mandato legale, come persone private semplicemente. Tuttavia in ciò che concerne questa speciale competenza dell'uffiziale dello stato civile per la celebrazione del matrimonio, non si può dubitare avervi parte necessaria un elemento *personale;* in quanto quella competenza è determinata, oltre alla natura dell'atto che si tratta di compiere, non dal solo territorio in cui l'uffiziale dello stato civile ha mandato dalla legge per l'esercizio delle proprie funzioni, ma inoltre dall'appartenenza degli sposi a quel territorio pel rapporto del domicilio o della residenza. Non vi ha dubbio infatti che un uffiziale dello stato civile, quantunque sia competente per ragione d'ufficio a celebrare matrimoni, non potrebbe prestarvisi nel territorio stesso del Comune in cui esercita le sue funzioni quali che fossero gli sposi, ma solamente quando amendue od uno almeno di essi abbiano in quel Comune il domicilio o la residenza. Nella determinazione di questa speciale competenza entra dunque manifestamente l'elemento *personale;* epperò sarebbe un grave errore il considerare la competenza medesima come *puramente territoriale.*

Ma dovrà essa riguardarsi al contrario come *puramente personale*, in guisa che l'uffiziale dello stato civile possa, anche fuori del territorio nel quale esercita le proprie funzioni, celebrare il matrimonio di persona domiciliata o residente nel Comune? È intorno a questo che eran divise

le opinioni degli autori Francesi, e che la legislazione nostra sembra essersi abbastanza chiaramente pronunciata, facendo anche in questa materia una savia applicazione del principio generale che l'attribuzione di funzioni pubbliche, ancorchè fondata sovra *elementi personali*, non può però far luogo all'*esercizio* di tali funzioni se non entro i limiti del territorio pel quale quell'ufficio pubblico è stabilito, fuori dei quali limiti territoriali il funzionario è spogliato totalmente del suo carattere pubblico, e non può agire se non come semplice privato. Così a ciascun uffiziale dello stato civile è bensì attribuita, pel carattere pubblico ch'egli riveste e per la natura dell'atto che è chiamato a compiere, la competenza a celebrare i matrimoni in cui gli sposi od uno almeno di essi siano domiciliati o residenti nel Comune; ma l'*esercizio* di queste funzioni, alle quali egli è competente, non potrebbe farsi da lui fuori dei confini territoriali del Comune, in cui unicamente ha la qualità pubblica in virtù della quale agirebbe.

Che tale sia stata la massima adottata dalla nostra legislazione, apparisce chiaramente dalle disposizioni combinate degli art. 93 e 96 del cod. civ.; il primo dei quali stabilisce che il matrimonio dev'essere celebrato innanzi all'uffiziale dello stato civile del Comune ove uno degli sposi abbia il domicilio o la residenza e *nella casa comunale;* il secondo, prevedendo il caso di necessità o convenienza di celebrare il matrimonio *in un Comune diverso da quello indicato nell'art.* 93, prescrive che l'uffiziale dello stato civile competente debba *richiederne per iscritto l'uffiziale del luogo dove il matrimonio si deve celebrare*, escludendo così manifestamente che l'uffiziale competente possa egli stesso recarsi a celebrare il matrimonio fuori del proprio Comune.

Conchiudiamo pertanto che la competenza dell'uffiziale dello stato civile non può riguardarsi nè come *puramente territoriale*, nè come *puramente personale*, ch'essa è *personale* quanto alla causa che la determina, rimanendo però

sempre *territoriale* quanto all'*esercizio* delle sue funzioni demandate all'uffiziale dello stato civile. — Da ciò apparisce evidente il legame intimo che esiste tra la *competenza dell'uffiziale* dello stato civile ed il *luogo in cui il matrimonio dev'essere celebrato*, senza che però l'uno di questi punti possa confondersi coll'altro.

Si riconnette a questi principii l'esame di una interessante questione sorta nella giurisprudenza nostra. Il regio decreto 15 novembre 1865 sull'ordinamento dello stato civile ammette che, in date circostanze, nei Comuni che siano divisi in quartieri, borgate o frazioni, possano istituirsi per ciascun quartiere o ciascuna frazione o borgata *altrettanti uffici di stato civile, distinti con numero progressivo* (art. 3). Si domanda in tal caso se per la celebrazione del matrimonio la competenza dei singoli uffici di stato civile sia o no limitata, a pena di nullità, per gli sposi che abbiano domicilio o residenza nella frazione o quartiere rispettivi. — La questione è assai grave nelle sue conseguenze, non così forse nel suo intrinseco, parendoci abbastanza agevoli e sicuri i criteri della soluzione. Perciò non faremo che riassumerla in quelle che a noi sembrano le ragioni sue sostanziali.

Sta bene dunque ricordare la massima che le nullità in tema di matrimonio sono di stretta interpretazione; sta bene ancora osservare che pel caso in disputa il codice non commina la nullità, mentre la divisione dei Comuni in frazioni non fu nemmeno contemplata nel codice, e d'altro lato neppure il citato Regolamento proclama tale nullità, che d'altronde non avrebbe potuto in esso convenientemente essere dichiarata. Ma appunto perchè la giurisdizione *speciale* degli uffici di stato civile, staccati nei quartieri o nelle frazioni di un Comune, fu introdotta col Regolamento, ci par chiaro che la sanzione della nullità per la violazione di tale competenza, deve cercarsi non nel codice o nel regolamento, separatamente considerati, ma nel ravvicinamento o coordinamento dell'uno coll'altro.

Ora la situazione giuridica che nasce dalla divisione di un Comune in frazioni o quartieri, sembra questa: rimane nel sindaco, o in chi faccia le veci di lui, la qualità di ufficiale *generale* di stato civile per tutto il Comune (articolo 4, stesso decreto); ma gli ufficiali subalterni delegati alle singole frazioni hanno, ciascuno, una competenza *circoscritta* alla frazione loro rispettivamente assegnata; vale a dire, essi trovansi fra di loro nella stessa relazione in cui sarebbero gli uffici principali di Comuni limitrofi. Così non è tolto agli sposi di celebrare il matrimonio davanti l'ufficiale *del Comune* in cui abbiano domicilio o residenza (a norma dell'articolo 93, codice civile); ma in tal caso non possono ricorrere che al sindaco o a chi ne tenga le veci in questa sua qualità. Se gli sposi preferiscano invece di rivolgersi agli uffici frazionari, non possono prescindere dalla competenza limitata che è attribuita agli ufficiali delegati per le singole frazioni; giacchè, come avvertimmo in principio di questo numero, la competenza dell'ufficiale celebrante è *personale* e *territoriale insieme*. Ne segue adunque che quando occorra celebrare il matrimonio, in una frazione diversa da quella a cui appartengono gli sposi per domicilio o residenza, il mezzo legale per procedervi può essere soltanto quello indicato nell'art. 96, cod. civ., cioè che l'ufficiale competente *richieda* per iscritto e *deleghi* l'uffiziale del luogo in cui si vuole celebrare il matrimonio; disposizione a cui corrisponde pure quella dell'art. 102 del R. decreto citato, secondo cui " Se uno degli " sposi risieda nel distretto *di altro ufficiale* di stato civile, " l'ufficiale che ha celebrato il matrimonio trasmette a " lui... copia autentica dell'atto di matrimonio „. — Diversamente, la nullità del matrimonio risulta testualmente dall'art. 104, cod. civ., che la dichiara per la incompetenza dell'ufficiale celebrante; incompetenza che per gli ufficiali delegati alle singole frazioni è determinata dallo stesso art. 3 del regolamento, in quanto accorda ad essi una competenza locale soltanto. E ciò d'altronde, è anche con-

forme allo scopo della legge, cioè alla pubblicità della celebrazione, della quale pubblicità è *mezzo* la determinazione del luogo in cui la celebrazione deve aver luogo (1).

112 *bis*. Possiamo ora valutare con esattezza l'indole giuridica e l'effetto della citata disposizione dell'art. 96, chè alcuni hanno a torto considerata come una eccezione alla *regola di competenza* stabilita dall'art. 93. Quella disposizione è formulata nei seguenti termini:

" Essendovi necessità o convenienza di celebrare il " matrimonio in un Comune diverso da quello indicato " nell'art. 93, l'uffiziale dello stato civile richiederà per " iscritto l'uffiziale del luogo dove il matrimonio si deve " celebrare.

" La richiesta sarà menzionata nell'atto di celebrazione " e in esso inserita.

" Nel giorno successivo alla celebrazione del matri- " monio, l'uffiziale avanti il quale fu celebrato, manderà " copia autentica dell'atto all'uffiziale da cui venne la " richiesta ".

Ora si rende manifesto senz'altro, alla semplice lettura di questo testo, che non si è inteso punto di derogare alla regola di competenza stabilita dall'art. 93; poichè l'uffiziale del Comune, in cui per circostanze speciali sia necessario o conveniente celebrare il matrimonio, non può procedervi se non *per richiesta dell'uffiziale competente a norma di detto art.* 93, e la celebrazione segue allora davanti all'uffiziale delegato non altrimenti che se fosse il delegante medesimo che la compiesse. Infatti i documenti tutti riguardanti il matrimonio, e che devono essere allegati all'atto relativo, non sono trasmessi all'ufficiale richiesto della celebrazione, ma

---

(1) In questo senso, v. Corte d'app. di Napoli, 16 febbraio 1880 (*Fôro ital.*, V, 1, 1021); Cassaz. di Napoli, 29 luglio 1881 (*ib.*, VI, 1, 717); F. Ricci, nota nel Bettini, XXXIII, 1, 159.

In senso contrario, v. nota dell'Avv. Millelire Albini, *Fôro ital.*, V, 1, 1021.

“ *sono tenuti dall'ufficiale delegante*, per essere uniti alla “ copia dell'atto di matrimonio che gli viene trasmessa nel “ giorno successivo alla celebrazione „ (art. 103 del decreto 15 novembre 1865, n. 2602); e la richiesta dev'essere menzionata nell'atto di celebrazione e in esso inserita (d° art. 96, § 2, cod. civ.); e quest'atto, che l'uffiziale delegato deve trasmettere nel giorno immediatamente successivo (art. 96, § 3, cod. civ.), deve poi essere trascritto nei registri di matrimonio dall'uffiziale richiedente (art. 95 del R. decreto 15 novembre 1865, n. 2602). Il che tutto è conforme all'idea che l'uffiziale richiesto della celebrazione, nei casi contemplati dall'art. 96, non vi procede per *competenza propria* eccezionalmente ammessa dalla legge, ma unicamente *per delegazione*, e come rappresentante l'uffiziale competente da cui viene la richiesta; al quale pertanto incomberebbe esclusivamente in ogni caso la responsabilità d'essersi proceduto a questo matrimonio, la cui celebrazione, quantunque sia stata compiuta materialmente da altro funzionario, deve però considerarsi legalmente come opera di lui che l'ha richiesta. Ben s'intende però che l'uffiziale delegato rimarrebbe responsabile dell'inosservanza delle disposizioni della legge, in ciò che riguarda l'atto stesso della celebrazione, da lui compiuta in seguito della richiesta legittimamente fattagli.

Affinchè possa farsi luogo all'applicazione della disposizione eccezionale del citato art. 96 del cod. civ. bisogna, come quell'articolo stesso si esprime, che si verifichi “ *necessità* o *convenienza* di celebrare il matrimonio in un “ Comune diverso da quello indicato nell'art. 93 „.

Così la nostra legislazione, mentre in cosa di tanto interesse anche pubblico qual'è il matrimonio, volle mantenere costanti ed inalterabili le regole di competenza dell'uffiziale chiamato a celebrarlo, e tener fermo il principio della territorialità di questa competenza, provvide però anche equamente a tutti gl'interessi legittimi delle parti; sia lasciando ad esse la scelta di celebrare il matrimonio

davanti all'uffiziale dello stato civile del Comune ove l'uno o l'altro degli sposi abbia il domicilio o la residenza (il che può render possibile la celebrazione in uno tra quattro Comuni differenti), sia inoltre permettendo che anche in altro Comune diverso da questi possa celebrarsi il matrimonio per delegazione dell'uffiziale competente, quando se ne verifichi non tanto un'assoluta *necessità*, quanto anche la semplice *convenienza*.

Non era possibile prevedere ed enumerare i casi nei quali questa necessità o convenienza di celebrare il matrimonio in altro Comune potesse verificarsi. Il legislatore non aveva quindi altro a fare che accennare il principio, lasciandone poi l'applicazione al criterio dei funzionari che ne sono incaricati. A prevenire però che questa facoltà discrezionale attribuita agli uffiziali dello stato civile potesse volgersi in arbitrio, è stato disposto nell'art. 103 del Regio decreto 15 novembre 1865, n. 2602, che " Quando un uffiziale, valendosi della facoltà concessa " dall'art. 96 del codice civile, richiede un altro ufficiale " della celebrazione di matrimonio, *deve nella richiesta " esprimere il motivo di convenienza o necessità che lo ha " a ciò indotto* ".

Ma non per questo sarebbe da argomentarne che l'ufficiale delegato potesse rendersi giudice egli stesso del fondamento o meno dei motivi addotti dal delegante. È una facoltà attribuita all'ufficiale di stato civile competente per la celebrazione di un matrimonio, quella di richiedere un altro ufficiale di procedervi, qualora motivi di necessità o convenienza gli sembrino esigere o consigliare che la celebrazione si faccia in altro Comune. L'obbligo di esprimere nell'atto di richiesta i motivi di necessità o convenienza su cui si appoggia, è imposto come freno agli abusi che si volessero commettere di tale facoltà, non come elemento per l'ufficiale delegato ad emettere un giudizio sul fondamento della richiesta; il che potrebbe dar luogo tra i due funzionari ad un conflitto, per la soluzione

del quale bisognerebbe ricorrere all'autorità giudiziaria, rimanendo intanto sospesa la celebrazione del matrimonio, in opposizione a quella urgenza che nel maggior numero dei casi formerà base della necessità o convenienza di celebrare il matrimonio in altro Comune. L'ufficiale delegante assume naturalmente la responsabilità della richiesta da lui fatta, e qualora i motivi non ne fossero fondati, sarebbe soggetto alla multa da L. 100 a 500, secondo la espressa disposizione dell'art. 126 del cod. civ. Ma questa stessa sanzione penale, stabilita a carico dell'uffiziale da cui vien fatta la richiesta, dimostra sempre più che a lui solo ne spetta la responsabilità, e che l'ufficiale delegato non potrebbe rifutarsi alla richiesta medesima, pretendendo infondati i motivi di necessità o convenienza allegati dal richiedente.

È poi evidente che l'essersi celebrato il matrimonio, per richiesta dell'uffiziale competente, in un Comune diverso, e dall'uffiziale di questo Comune delegato all'uopo, senza che si verificassero giustificati motivi di necessità o convenienza, se, a termini del citato art. 126 del codice civile, farebbe luogo ad applicare la sanzione penale a carico del delegante, non potrebbe però mai esser causa di nullità del matrimonio medesimo, per incompetenza dell'uffiziale celebrante ed a tenore dell'art. 104, § 2, cod. civ. A tale pretensione di nullità osterebbe infatti incontestabilmente il principio che il matrimonio celebrato da altro uffiziale dello stato civile, per richiesta formale di quello che è competente, si reputa come celebrato da quest'ultimo rappresentato dal suo delegato.

Tra i casi di necessità di celebrare il matrimonio davanti un uffiziale diverso da quello di cui è stabilita la competenza dalla legge, va annoverato anche il matrimonio *in extremis*, del quale altra volta abbiamo avuto occasione di tener discorso (1). Se infatti uno degli sposi si trovi fuori

(1) V. sopra, n. 108, pag. 398.

del Comune in cui avrebbesi a celebrare il matrimonio, in imminente pericolo di vita e con prole naturale vivente che si vorrebbe legittimare, non può essere dubbia la necessità di richiedere che la celebrazione si faccia dall'uffiziale di stato civile del Comune in cui quello sposo si trovi. L'unica questione che potrebbesi allora sollevare sarebbe, se dovesse farsi eccezione alle regole comuni, non solo quanto alle forme preliminari del matrimonio, alla pubblicità della celebrazione ed al *luogo* in cui essa debba seguire, ma eziandio quanto alla *competenza* medesima dell'uffiziale di stato civile, di guisa che potesse procedervi l'uffiziale del luogo in cui lo sposo si trova in pericolo imminente di vita, anche senza esserne richiesto dall'altro uffiziale competente in ragione del domicilio o della residenza di uno degli sposi.

Se tale quesito si avesse a risolvere in diritto costituendo, gravissime ragioni potrebbero addursi per far ammettere quella eccezione alle regole comuni di competenza. Lo scopo che la legge si propone nei matrimoni *in extremis*, di facilitare queste unioni, non tanto nell'interesse degli sposi medesimi, quanto principalmente in quello della prole ch'essi abbiano a legittimare, quello scopo non può ottenersi completamente quando non si deroghi anche al rigore delle regole sulla competenza dell'uffiziale dello stato civile, ammettendo che possa prestarsi a celebrare il matrimonio, indipendentemente da delegazione, l'uffiziale del luogo in cui lo sposo si trovi in pericolo imminente di vita. Questo luogo può essere lontano da quello di domicilio o residenza degli sposi, per modo che il dover ricorrere all'uffiziale competente per ottenere la richiesta della celebrazione del matrimonio, non sia conciliabile coll'urgenza del caso, e ne rimanga quindi impedita la legittimazione della prole.

Non sembra però che queste considerazioni, per quanto gravi, bastino ad autorizzare *in diritto costituito* la derogazione alla regola generale ed assoluta di competenza stabilita dall'art. 93 del codice civile.

La legge ha determinato espressamente i favori ch'essa

ha voluto accordare ai matrimoni *in extremis vitae;* e queste sue disposizioni, appunto perchè d'eccezione, non possono estendersi oltre i termini in cui sono state formulate dal legislatore. Si è dispensato, pel matrimonio *in extremis*, dalle formalità preliminari (articolo 78 del Regio decreto 15 novembre 1865) (1); si è dispensato ancora dalla regola secondo la quale il matrimonio dev'essere celebrato *pubblicamente* e *nella casa comunale* (art. 97, cod. civ.). Ma nulla essendo stabilito specialmente quanto alla competenza dell'uffiziale dello stato civile per la celebrazione del matrimonio, non pare possibile ammettere per interpretazione una deroga alla regola generale di competenza determinata nell'art. 93 del cod. civ., e fondata sovra manifeste ragioni d'ordine pubblico. — Anche nel caso del matrimonio *in extremis vitae*, contemplato dall'art. 78 del Decreto sull'ordinamento dello stato civile, pare adunque che sia necessario ricorrere all'uffiziale dello stato civile competente, a norma di detto art. 93; e che solo da lui possa essere fatta richiesta per la celebrazione del matrimonio nel luogo in cui si trovi lo sposo infermo, a tenore di quanto è disposto nell'art. 96.

113. *B*) Il luogo speciale in cui devesi celebrare il matrimonio è *la casa comunale* (art. 93, cod. civ.). Anche l'osservanza di questa disposizione concorre, colle formalità preliminari e coll'altra prescrizione che la celebrazione debba farsi *pubblicamente*, a costituire il complesso di quegli elementi di pubblicità che nella nostra legislazione formano base di tutto il sistema relativo alle forme del matrimonio.

La combinazione però di questa regola coll'altra che, richiedendo la presenza personale di amendue gli sposi dinanzi l'uffiziale dello stato civile, esclude il *matrimonio per procura*, avrebbe potuto, in circostanze speciali e temporaneamente almeno, rendere impossibile la celebrazione

(1) V. sopra, n. 108, pag. 400.

del matrimonio. A togliere quest'ostacolo si è stabilito che " Se uno degli sposi, per infermità o per altro impedimento " giustificato all'ufficio dello stato civile, è nell'impossibilità " di recarsi alla casa comunale, l'uffiziale si trasferisce col " segretario nel luogo in cui si trova lo sposo impedito, ed " ivi alla presenza di quattro testimoni seguirà la celebra- " zione del matrimonio, giusta la disposizione dell'art. 94 „ (art. 97, cod. civ.).

È evidente, innanzi tutto, che codesta disposizione non riguarda altro, come si disse in principio di questo numero, che *il luogo speciale* in cui devesi celebrare il matrimonio; ma non concerne punto nè la *competenza* dell'uffiziale dello stato civile, nè quello che con tale competenza ha tanta intimità di relazione, cioè *il Comune* in cui la celebrazione deve seguire. Dalla quale osservazione, tanto semplice e manifesta, derivano conseguenze importanti; che cioè nè l'uffiziale d'un Comune diverso da quello di domicilio o di residenza degli sposi potrebbe procedere alla celebrazione del matrimonio, senza esserne richiesto dall'uffiziale competente, a norma dell'art. 96 del cod. civ., quantunque uno degli sposi trovandosi momentaneamente in detto Comune, fosse impedito per malattia o per altra causa di recarsi nel luogo in cui dovrebbesi procedere alla celebrazione; nè l'uffiziale competente potrebbe recarsi per celebrare il matrimonio nel territorio d'altro Comune, sebbene ivi si trovasse lo sposo impedito. — Solamente, tanto nell'uno quanto nell'altro caso, potrebbesi supplire, come si disse, colla delegazione fatta dall'uffiziale competente a quello del Comune in cui lo sposo impedito si trovasse, siccome è ammesso dall'art. 96; e l'uffiziale delegato potrebbe anche egli, ed anzi dovrebbe, prestarsi alla celebrazione del matrimonio anche fuori della casa comunale, attenendosi alle speciali prescrizioni dell'art. 97.

La sola condizione che si esige affinchè sia applicabile la disposizione di quest'articolo, consiste nell'essere *constatata l'impossibilità* in cui si trovi uno degli sposi di recarsi

alla casa comunale per celebrarvi il matrimonio. È indifferente che ciò sia per infermità o per altra causa; e non è prescritto nessun mezzo speciale col quale esclusivamente debbasi somministrare la prova del fatto allegato. — Così la valutazione, sia della entità della causa d'impedimento, sia del mezzo con cui essa venga provata, è rimessa alla prudenza dell'uffiziale dello stato civile, al quale soltanto ne spetta la responsabilità, sotto pena di multa da 100 a 500 lire in caso che egli contravvenga alla legge (art. 126 del cod. civ.). Del resto, appunto per ciò, e perchè la celebrazione nella casa comunale è la regola che deve generalmente essere osservata, l'uffiziale di stato civile opererà prudentemente non acconsentendo a celebrare matrimoni fuori della casa comunale, fuorchè per cause d'imperiosa necessità accertata in modo non dubbio. Il che è conforme anche alla disposizione testuale dell'art. 97, che in questo particolare parla in termini assoluti della *impossibilità di recarsi alla casa comunale*, mentre l'art. 96, quanto alla delegazione che vogliasi fare ad uffiziale d'altro Comune per la celebrazione del matrimonio, parla di *necessità o convenienza* di celebrare il matrimonio in quel Comune.

In nessun caso poi l'essere stato celebrato il matrimonio in luogo diverso dalla casa comunale, sebbene senza l'esistenza o senza la giustificazione della causa determinata dalla legge, potrebbe mai produrre la nullità del matrimonio medesimo.

Celebrandosi il matrimonio in luogo privato, per l'impedimento d'uno degli sposi a recarsi alla casa comunale, è derogato totalmente alla pubblicità nell'atto della celebrazione. Mentre infatti l'art. 93 stabilisce per regola che il matrimonio debba essere celebrato nella casa comunale *e pubblicamente*, l'art. 97 ammettendo, in via di eccezione, che il matrimonio possa celebrarsi nel luogo privato in cui si trovi lo sposo impedito di recarsi alla casa comunale, dice bensì che la celebrazione *seguirà giusta la disposizione dell'art. 94*, ma non ripete la parola *pubblicamente* usata

nell'art. 93. Inoltre lo stesso art. 97 supplisce con altri mezzi alla mancanza della pubblicità ordinariamente richiesta, esigendo che alla celebrazione sia presente il segretario comunale, il quale perciò deve anche firmare l'atto a cui prende parte (art. 22 del Regio Decreto 15 novembre 1865), e che vi siano presenti pure *quattro testimoni*, invece dei due che ordinariamente si vogliono (confr. art. 94 del cod. civ.). E queste stesse maggiori formalità richieste dalla legge, le quali non possono avere altro scopo fuorchè di supplire alla mancanza di pubblicità nell'atto della celebrazione, confèrmano sempre più l'inammissibilità dell'opinione che nel luogo privato in cui si trovasse lo sposo impedito di recarsi alla casa comunale, il matrimonio dovesse celebrarsi *a porte aperte* al pubblico.

Tra i casi di eccezione contemplati nell'art. 97, cod. civ. e nei quali si fa luogo a celebrare il matrimonio fuori della casa comunale, va certamente annoverato anche quello del matrimonio *in extremis*, di cui nel più volte citato art. 78 del Regio Decreto 15 novembre 1865. Se non che allora, come già altrove osservammo, l'eccezione, che la legge fa alle regole comuni, non si limita già solo al *luogo speciale* in cui la celebrazione deve farsi, ma si estende eziandio alle formalità preliminari dalle quali è concessa dispensa (1).

114. *C*) Fu già notato altra volta come su tutto il sistema delle forme risguardanti la celebrazione del matrimonio domini nella nostra legislazione il principio della pubblicità. Il quale principio riceve applicazione, anche prima che si proceda alla celebrazione del matrimonio, nelle formalità preliminari di esso, e prosegue poi a far sentire la sua influenza sia sul luogo in cui si vuole per regola che abbiasi a celebrare il matrimonio, sia nel dovere questo luogo essere aperto al pubblico nel momento della celebrazione stessa.

---

(1) V. sopra, n. 108, p. 398 400.

Le condizioni di forma volute dalla legge nella celebrazione del matrimonio possono distinguersi in più parti, secondo gli oggetti particolari a cui riguardano, cioè: 1° la presenza delle parti davanti all'uffiziale dello stato civile; 2° la presenza dei testimoni; 3° la lettura, che deve farsi dall'uffiziale dello stato civile ai contraenti, di alcune disposizioni di legge; 4° la manifestazione della volontà di ciascuno degli sposi; 5° la pronunciazione dell'unione coniugale, che deve essere fatta dall'uffiziale dello stato civile; 6° la compilazione dell'atto di matrimonio.

Di ciascuno di questi argomenti tratteremo separatamente colla maggior brevità che ci sarà possibile.

115. (1) Era controverso in diritto francese se le parti dovessero comparire amendue personalmente davanti all'uffiziale dello stato civile, o in altri termini se si potesse contrarre matrimonio per procura.

Ragioni ed autorità gravissime stavano nell'un senso e nell'altro. Da una parte i principii generali di diritto, secondo i quali si può sempre agire in tutti gli atti della vita civile col mezzo di un mandatario, salvo che la legge lo vieti espressamente, o vi osti la natura stessa dell'atto che sia *essenzialmente personale;* il silenzio tenuto dal codice Francese in riguardo al potersi o no contrarre matrimonio per procura, e il non essere propriamente di essenza dell'atto che le parti compariscano personalmente a prestare il consenso; l'inconveniente assai grave, che in molti casi potrebbesi verificare, di rendere assolutamente impossibile, od almeno ritardare dannosamente la celebrazione d'un matrimonio, quando gli sposi separati da distanze considerevoli non potessero personalmente riunirsi davanti all'uffiziale dello stato civile; finalmente l'essere abbastanza prevenuti i pericoli temibili in un matrimonio per procura, colle formalità solenni di cui la legge circonda l'atto della celebrazione.

Dalla parte contraria si adduceva la natura stessa e il

carattere dell'atto, che si fonda tutto sulla libera manifestazione della volontà individuale degli sposi *al momento stesso della celebrazione del ma'rimonio*. Il quale carattere è stato riconosciuto di tale importanza, e mantenuto così gelosamente dalla legge, che si è negata la forza obbligatoria di contratto giuridicamente efficace alla promessa di futuro matrimonio, per quanto essa fosse precisa e formale e fatta con animo di assumere una vera obbligazione. Ora nel matrimonio contratto per procura non si avrebbe questa certezza del concorso della volontà del mandante al momento preciso della celebrazione. D'altronde, si aggiungeva, ammettendo il matrimonio per procura, non saprebbesi come sfuggire all'applicazione del principio fondamentale che la stessa rivocazione formale del mandato, sebbene notificata al mandatario, non è opponibile ai terzi i quali ignorandola abbiano agito in buona fede col mandatario medesimo; e ciò distruggerebbe sostanzialmente quell'assoluta libertà che la legge, per ragioni d'ordine anche pubblico, ha voluto assicurare pienamente agli sposi sino al momento della celebrazione del matrimonio. La presenza personale delle parti è inoltre necessaria per guarentirsi completamente contro il pericolo che, abusando della lontananza dello sposo mandante, si potesse fino al momento della celebrazione renderlo vittima di violenza o dolo, di cui forse potrebbe essere complice il mandatario medesimo, o che nel frattempo tra l'emanazione del mandato e la celebrazione del matrimonio fossero mutate le condizioni personali dell'altro sposo, in modo che, se il mandante ne avesse conoscenza, non consentirebbe più a contrarre quel vincolo.

All'obbiezione poi tratta dall'inconveniente di rendere talvolta impossibili certi matrimoni, vietandone la celebrazione per procura, rispondevasi non poter essere questi se non rari casi di eccezione, sui quali sarebbe stato troppo pericoloso il fondare una regola; e che d'altro lato la possibilità di questi casi è attenuata d'assai col permettere che

fa la legge di celebrare il matrimonio nell'uno o nell'altro di più luoghi diversi.

Il legislatore italiano diede preponderanza a quest'ultimo ordine di considerazioni, e sciolse espressamente il dubbio, stabilendo nell'art. 94, cod. civ. che le parti debbono *personalmente* dichiarare davanti all'uffiziale dello stato civile la loro volontà di prendersi rispettivamente in marito e moglie. Questa massima fu mantenuta dalla Commissione coordinatrice, nonostante le proposte presentate da più commissari perchè, almeno in qualche caso d'eccezione, si permettesse la celebrazione del matrimonio per procura (1); e solo " *per ragioni di alta convenienza affatto speciali* „ si ammise potersi fare per procura la celebrazione dei matrimoni del re e della famiglia reale (art. 99, cod. civ.).

E poichè il consenso è requisito essenziale all'esistenza giuridica del contratto di matrimonio, e d'altra parte la legge nostra stabilisce, come condizione indispensabile della manifestazione di tale consenso, ch'esso sia espresso *personalmente dalle parti* davanti all'uffiziale dello stato civile; ne risulta dunque che se un matrimonio fosse contratto per procura, fuori dell'unico caso di eccezione ammesso dall'art. 99, cod. civ., non solo incorrerebbe nelle sanzioni penali stabilite dalla legge l'uffiziale dello stato civile che si fosse prestato alla celebrazione (art. 126, cod. civ.), non solo il matrimonio dovrebbe riguardarsi come *annullabile*, ma come *giuridicamente inesistente*.

116. (2) All'atto del matrimonio, come a qualunque altro atto dello stato civile, devono essere presenti due testimoni (art. 94, cf. art. 351, c. c.). A questa regola si fa eccezione soltanto pel caso di matrimonio celebrato fuori della casa comunale, a termini dell'art. 96; chè allora si esige la presenza di *quattro testimoni*, oltre al segretario comunale, per supplire alla mancanza di pubblicità della celebrazione.

---

(1) V. Proc. verb., n. 7, § 9.

I requisiti di capacità dei testimoni sono gli stessi che l'accennato art. 351 stabilisce per tutti coloro che intervengono in tale qualità agli atti dello stato civile; che cioè siano maschi, maggiori di età e residenti nel Comune. Però il requisito del sesso *maschile* è tolto oggidì, in forza della legge 9 dicembre 1877, articolo unico, secondo cui " *Sono* " *abrogate tutte le disposizioni di legge che escludono le donne* " *dall'intervenire come testimoni negli atti pubblici e privati* ". — L'art. 94 aggiunge ancora, per togliere ogni dubbio possibile, come non vi sia ostacolo ad ammettere quali testimoni coloro che sieno *parenti degli sposi*, qualunque pur sia la linea e il grado di tale parentela.

Fu dubitato, come si vedrà in altro luogo, se la presenza dei testimoni richiesti all'atto del matrimonio dovesse considerarsi come necessaria sotto pena di nullità dell'atto medesimo; ma il dubbio fu risolto opportunamente nel senso di pronunciare per la mancanza dei voluti testimoni la *nullità*, nè solo *relativa* ma *assoluta* (art. 104, § 2, del cod. civ.) (1).

Appartiene alle parti la facoltà di scegliere i testimoni che vogliono presenti all'atto di loro matrimonio (art. 351, codice civile); nè l'uffiziale dello stato civile potrebbe mai rifiutarli, qualora non mancassero dei requisiti di capacità voluti dalla legge. Ma appunto perchè si tratta d'una facoltà, non può esserne necessario l'esercizio; e se le parti non scegliessero i testimoni, li designerebbe l'uffiziale dello stato civile, e le parti non preferendo altre persone verrebbero tacitamente ad approvare quelle, cosicchè il voto della legge sarebbe ugualmente soddisfatto; ben lungi che potesse mai pensarsi a farne caso di nullità, come per la non presenza dei testimoni voluti.

117. (3) L'uffiziale dello stato civile, in presenza dei testimoni, deve dar lettura agli sposi degli articoli 130,

---

(1) V. appresso il Capo IV, sez. 2ª, sulle *nullità del matrimonio*.

131 e 132 del codice civile, che riguardano ai principali doveri nascenti tra coniugi dal matrimonio (art. 94, cod. civ.). Per quanto importante sia l'adempimento di questa formalità (il cui scopo è di richiamare alla mente dei contraenti, prima che essi pronuncino la manifestazione della loro volontà, gli obblighi più gravi dello stato nel quale si porrebbero) esso però non è sanzionato, in caso d'inosservanza, colla nullità dell'atto. Tuttavia l'uffiziale dello stato civile ha l'obbligo imprescindibile di attenersi anche in questo particolare al disposto della legge, sotto pena d'incorrere altrimenti nella multa di lire 100 estensibile a lire 500 (art. 126, cod. civ.).

“ Allo sposo che sia sordo o sordo-muto, ma che sappia “ leggere, l'uffiziale dello stato civile presenta il codice ci- “ vile, affinchè legga gli articoli 130, 131 e 132 „ (art. 98 del Regio Decreto 15 novembre 1865, n. 2602).

“ Se lo sposo sordo o sordo-muto non sa leggere, l'uffi- “ ziale dello stato civile chiama un interprete fra i parenti “ o famigliari di lui, e fattogli prestare giuramento, si vale “ del medesimo per..... dargli comunicazione delle disposi- “ zioni di legge. L'adempimento di tali formalità si fa con- “ stare nell'atto di matrimonio „ (art. 99 del Regio Decreto 15 novembre 1865, n. 2602).

118. (4) La manifestazione della volontà delle parti è condizione necessariamente essenziale alla formazione del contratto di matrimonio. Non solo adunque l'esplicita negazione del consenso, ma anche il solo silenzio d'uno degli sposi renderebbe *inesistente* giuridicamente il matrimonio.

E al fine di meglio e più chiaramente assicurare la manifestazione perfettamente libera della volontà degli sposi, la legge ha voluto che essi distintamente, *l'uno dopo l'altro*, facciano all'uffiziale dello stato civile la propria dichiarazione di volersi rispettivamente prendere in marito e moglie. Questa dichiarazione può essere emessa in forma di risposta ad interrogazione rivolta dall'uffiziale dello stato civile a

ciascuno degli sposi, od anche senza che ne sia fatta ad essi domanda.

La manifestazione della volontà dei contraenti deve generalmente farsi *a viva voce*. Ma quando uno degli sposi fosse sordo-muto egli dovrebbe *scrivere*, se sapesse, la dichiarazione di voler contrarre il matrimonio; e se non sapesse scrivere, l'uffiziale dello stato civile chiamerebbe fra i parenti o famigliari del sordo-muto un interprete, col mezzo del quale, e sotto il vincolo del giuramento da fargli prestare, indirizzerebbe al sordo-muto medesimo la domanda e ne riceverebbe la risposta di voler prendere quella tal persona in marito o moglie (articoli 98 e 99 del Regio Decreto 15 novembre 1865, n. 2602).

Ben s'intende che sarebbe necessaria la manifestazione certa della volontà del sordo-muto di contrarre il matrimonio; e che qualora all'uffiziale dello stato civile ne rimanesse dubbio, egli dovrebbe rifiutarsi alla celebrazione; nel qual caso, procedendosi a norma dell'art. 98, cod. civ., la questione potrebbe essere portata dalle parti interessate dinanzi al tribunale, che provvederebbe sentito il pubblico ministero, e salvo sempre il richiamo alla Corte d'appello.

" La dichiarazione degli sposi di prendersi rispettiva-
" mente in marito e moglie, non può essere sottoposta nè
" a termine nè a condizione.

" Se le parti aggiungessero un termine od una condi-
" zione e vi persistessero, l'uffiziale dello stato civile non
" potrà procedere alla celebrazione del matrimonio ".

Tale è la disposizione dell'art. 95 del codice civile; i cui motivi sono abbastanza evidenti per non aver bisogno di insistere molto a dimostrarli; poichè ripugnerebbe troppo manifestamente alla natura dell'unione coniugale che se ne facesse dipendere la sussistenza o la risoluzione da un avvenimento futuro ed incerto (art. 1157, cod. civ.), o che se ne ritardasse l'esecuzione fino alla scadenza d'un termine *a quo* (art. 1172, cod. civ.), o che se ne fissasse ad un termine *ad quem* lo scioglimento, che non può verifi-

carsi se non per la morte d'uno dei coniugi (art. 148 del codice civile).

Se dunque la dichiarazione degli sposi di volersi unire in matrimonio non fosse fatta puramente e semplicemente, l'uffiziale dello stato civile dovrebbe, prima di tutto, ammonirli della inammissibilità della loro dichiarazione condizionata o portante la prefissione di un termine; e qualora ciò non ostante persistessero, dovrebbe rifiutarsi alla celebrazione (art. 95, § 2, cod. civ.) sotto pena, se al contrario vi procedesse, d'incorrere nella *multa estensibile da lire* 500 *a lire* 2000 (art. 124, § 2, cod. civ.).

Ma se si verificasse che, non ostante la pena minacciatagli, l'uffiziale dello stato civile procedesse alla celebrazione del matrimonio, sebbene le parti od una di esse vi apponesse un termine od una condizione, quale dunque sarebbe la sorte di tale matrimonio, o quale effetto produrrebbe il termine o la condizione?

Innanzi tutto è fuor di dubbio che il matrimonio in tal caso non potrebb'essere considerato come giuridicamente inesistente. Il concorso degli elementi essenziali alla sua formazione non potrebbe dirsi mancante, perchè vi fosse aggiunta una speciale modalità inammissibile per disposizione proibitiva di legge, siccome contraria alla natura propria del contratto che le parti intesero di formare.

Ma sembra inoltre altrettanto certo che il matrimonio contratto a termine o sotto condizione non potrebbe nemmeno considerarsi come annullabile. Le disposizioni della legge circa le cause di nullità del matrimonio sono tassative (1) e fra tali cause non è punto annoverata quella per violazione dell'art. 95 (art. 104 e seg., cod. civile). Nè in senso contrario potrebbesi dedurre un argomento efficace da ciò che dispone l'art. 1160 del codice civile, relativamente alle obbligazioni condizionali in genere, che

(1) V. sopra n. 42, pag. 140-43.

cioè " qualunque condizione contraria al buon costume od " alla legge... è nulla e *rende nulla l'obbligazione da essa* " *dipendente* „. Questa massima sta per le obbligazioni dipendenti dai contratti comuni, d'interesse puramente pecuniario; ed allora sta bene, perciocchè la parte che assunse una obbligazione sotto una determinata condizione, non avendo certamente voluto assoggettarsi a quella se non quando questa si verificasse, la impossibilità legale della condizione, che sia contraria alla legge, deve necessariamente produrre l'inefficacia giuridica dell'obbligazione che ne dipenderebbe. Ma coi contratti ordinari non è lecito confondere come più volte abbiamo avuto occasione di osservare, quello di matrimonio. Esso è un'alta istituzione, d'eminente interesse sociale, che non può abbassarsi al livello dei contratti comuni d'interesse puramente pecuniario.

Non è dunque colle regole scritte nel codice in riguardo ai rapporti giuridici patrimoniali, ma unicamente coi principii *speciali*, propri all'istituto del matrimonio, che il quesito proposto può essere risoluto. E però se, a nostro avviso, il matrimonio contratto a termine o sotto condizione deve ritenersi valido, e quindi considerarsi come *non scritta* la modalità che vi fu apposta, ciò non sarà neppure *per applicazione* dell'altra regola sancita nell'articolo 849, che in riguardo alle disposizioni testamentarie dichiara che *si hanno per non apposte le condizioni contrarie alle leggi ed al buon costume;* sarà invece, e semplicemente, perchè nè l'art. 104, che parla della nullità del matrimonio per irregolarità di celebrazione, nè l'art. 105 che si occupa dei vizi di consenso, contemplano in modo alcuno fra le cause di annullamento la trasgressione dell'art. 95.

Questa teoria, del resto, è anche confermata dalle discussioni fatte dalla Commissione coordinatrice (verb. 8, § 2). Avendo essa proceduto " ad esaminare la modifi- " cazione fatta dalla Commissione senatoria nella sua rela-

" zione suppletiva, per eliminare il dubbio se possa essere " valido un matrimonio contratto a termine o sotto con- " dizione, non ostante il divieto scritto nell'articolo 104 " (95 del Codice); un commissario (*Precerutti*) osservò " che nel caso improbabile in cui, malgrado le pene com- " minategli, l'uffiziale dello stato civile consentisse a " celebrare un simile matrimonio, dovrebbero il termine " e le condizioni ritenersi per non apposti, ed il matri- " monio aversi per valido, e che in questo senso appunto " debba intendersi il silenzio che tiene l'art. 113 (104, cod. " civile) riguardo al detto articolo 104 (95, cod. civile). " Queste osservazioni sono approvate dalla Commissione „.

Fra gli scrittori nostri che si sono occupati di tale questione, solo il *Ricci* è di avviso contrario. A parte l'argomento che egli vorrebbe trarre dal disposto dell'articolo 1160 (su di che bastano le precedenti considerazioni), è addotta da lui una ragione alla quale, astrattamente, non può negarsi un certo peso; cioè che un matrimonio celebrato nonostante l'apposizione di un termine o di una condizione, sarebbe viziato *nel consenso stesso delle parti*, in quanto che " un consenso sottoposto " a termine o a condizione, *non è il consenso che la legge " ritiene efficace* perchè vi sia matrimonio „ (1). — A noi però par chiaro che se questa argomentazione fosse concludente, dovrebbe risultarne più che la nullità, la *inesistenza* medesima del matrimonio, per mancanza di consenso; su di che l'egregio autore non si spiega abbastanza. Ma siamo pure convinti che non sarebbe possibile qui parlare di matrimonio inesistente, mentre può dirsi non mancante, ma al più imperfetto o irregolare il consenso. E sotto l'aspetto della annullabilità, osserviamo altra essere la questione di diritto costituendo, e altra quella di diritto costituito (forse scambiate e confuse tra loro dal *Ricci*). Di fronte al diritto positivo, la massima che non si dànno

(1) Ricci, I, 113.

nullità di matrimonio, tranne quelle contemplate dalla legge (1), e la lettura degli art. 104 e seg., cod. civ., bastano per convincere che la conclusione deve essere non l'annullamento del matrimonio contratto a termine o sotto condizione, ma necessariamente il suo valore di matrimonio puro e semplice (2).

119. (5) Ricevuta da ciascuna delle parti personalmente, l'una dopo l'altra, la dichiarazione che si vogliono rispettivamente prendere in marito e moglie, l'uffiziale dello stato civile *pronunzia di seguito in nome della legge che sono unite in matrimonio* (art. 94, § 1 in f., codice civile).

La dichiarazione della unione degli sposi che dev'essere pronunziata solennemente dall'uffiziale dello stato civile, è una delle formalità sostanziali, senza cui il matrimonio non potrebbesi considerare come giuridicamente esistente. È quella infatti una solennità costitutiva dello stesso atto civile del matrimonio; al quale altrimenti non sarebbe impresso quel carattere pubblico essenziale ad un atto che è assai più di un semplice contratto comune cui basti il solo consenso delle parti private, che è una vera ed alta istituzione sociale (3).

Ma se è essenziale che l'uffiziale dello stato civile pronunci l'unione degli sposi, non lo è altrettanto ch'egli vi impieghi le precise parole colle quali si esprime l'art. 94 del cod. civ.

Quella pronunciazione dev'esser fatta dall'uffiziale dello stato civile *di seguito alla dichiarazione degli sposi* di volersi rispettivamente prendere in marito e moglie, senza lasciar tempo in mezzo, senza passare nell'intervallo ad altri atti; giacchè altrimenti non si avrebbe più la certezza che il

---

(1) V. sopra, n. 42.
(2) Borsari, art. 95, § 256 pag.; De-Filippis, op. cit., IX, 208.
(3) V. sopra, n. 37 e 41.

consenso degli sposi a legarsi tra loro in matrimonio si verificasse in quel momento preciso in cui l'unione coniugale si forma giuridicamente colla pronunciazione che ne fa in nome della legge l'uffiziale dello stato civile; certezza questa alla quale, come più volte osservammo, la legge ha annessa tanta importanza da considerarla come assolutamente essenziale.

120. (6) Al momento in cui ricevuta la dichiarazione del consenso delle parti, l'uffiziale dello stato civile pronunzia in nome della legge la loro unione coniugale, la celebrazione del matrimonio è perfettamente compiuta; esso è legalmente esistente e produce tutti gli effetti civili che la legge ne fa dipendere. L'atto, che deve compilarsi nelle forme di cui parleremo trattando degli atti dello stato civile, non è già da riguardare come elemento costitutivo della celebrazione del matrimonio, ma unicamente come *mezzo di prova* di esso. Ciò è conforme ai principii; imperocchè tutto quanto concerne unicamente la forma esteriore degli atti non può considerarsi come condizione costitutiva della loro stessa esistenza ed efficacia legale, ma unicamente come richiesto *per la prova* di essi, a meno che sia chiaramente manifestata la volontà del legislatore di esigere quella forma, come solennità essenziale alla stessa formazione giuridica dell'atto. — D'altra parte ciò è confermato eziandio dal testo medesimo dell'art. 94, § 2, il quale dicendo che " l'atto del matrimonio sarà " compilato *immediatamente dopo la celebrazione* „ fa comprendere chiaramente che la celebrazione è legalmente perfetta, e produttiva quindi d'ogni suo effetto legale, prima ancora che si stenda l'atto destinato a farne prova.

Da ciò segue pertanto che la impossibilità di compilare l'atto, sopravvenuta dopo la ricognizione dell'unione coniugale fatta dall'uffiziale dello stato civile, perchè questi fosse stato improvvisamente colpito dalla morte, o l'essere invece mancato subitamente di vita uno degli

sposi prima che la compilazione dell'atto fosse compita, non toglierebbe che il matrimonio avesse avuto esistenza e producesse i suoi effetti legali. Nel primo di questi casi potrebbe solo dubitarsi del come si potesse supplire alla mancanza della prova normale che dovrebbesi regolarmente attingere dai registri dello stato civile. Ma questa è una ricerca i cui elementi di soluzione non possono trarsi fuorchè dalle teorie risguardanti le prove della celebrazione del matrimonio, di cui ci occuperemo nel capo seguente.

Parimente non sembra dubbio che, dopo la pronunciazione dell'unione coniugale fatta dall'uffiziale dello stato civile, non potrebbesi attribuire alcun valore alla rivocazione che l'uno degli sposi facesse del consenso da lui prestato, quantunque tale rivocazione seguisse prima che fosse chiuso l'atto relativo, nè al rifiuto d'uno degli sposi di apporre la propria sottoscrizione a quell'atto. Solo quella dichiarazione contraria al consenso già prestato, o quel rifiuto di sottoscrivere, potrebbesi addurre come elemento d'una *presunzione di fatto* in appoggio dell'allegazione di non libertà del consenso per la quale il matrimonio venisse impugnato. Ma in una questione, come questa sarebbe, di puro fatto, la valutazione di simile presunzione sarebbe totalmente rimessa al criterio dei giudici; nè intanto potrebbesi dire che la rivocazione (pura e semplice) del consenso dopo la pronunciazione della unione degli sposi per parte dell'uffiziale dello stato civile, od il rifiuto d'uno degli sposi di firmar l'atto, producesse da per sè l'inefficacia giuridica del matrimonio.

Alle massime ora spiegate potrebbe forse credersi contraria l'autorità di Zachariae, il quale parlando delle condizioni *essenziali* pel matrimonio (§ 451 *bis*, 3°), scriveva: “ L'expression du consentement doit être con-
“ signée dans l'acte de célébration. Lorsque cet acte ne
“ rélate pas le consentement des parties, le mariage est
“ à considérer comme inexistant... „. — Per quanto però

la proposizione dell'illustre autore sia presentata in forma quasi dogmatica, resterebbe a determinare (ci sembra) se essa si riferisca propriamente al caso che dopo la pronunciazione solenne della unione coniugale non sia stato redatto l'atto relativo, o non piuttosto al caso che essendosi invece compilato l'atto di matrimonio, sia stata omessa in esso la menzione della dichiarazione di consenso delle parti. Comunque, è notevole che nelle successive edizioni di quell'opera i sigg. *Aubry* et *Rau* hanno modificato la trattazione di questo punto di diritto, sopprimendo senz'altro al § 451 *bis*, il n° 3°, che conteneva la enunciata proposizione, e per converso aggiungendo (al § 467, nota 24) la dichiarazione esplicita che il matrimonio non può essere attaccato... " ni enfin par le motif que l'un des " époux aurait, après son concours à l'accomplissement " des conditions et formalités prescrites par l'art. 75, réfusé " de signer l'acte de célébration ".

Del resto le considerazioni sovraesposte sembrano pur sufficienti a convincersi che la redazione dell'atto di matrimonio concerne la prova e non la conchiusione o celebrazione medesima del matrimonio; nella quale massima può dirsi infatti concorde la dottrina (1). Ne troveremo nuova conferma tra breve, trattando delle prove della celebrazione.

121. *D*) Un ultimo argomento di non poca importanza concerne il *rifiuto* opposto dall'ufficiale di stato civile alla celebrazione del matrimonio. Dispone in proposito l'art. 98 del cod. civ.:

" L'uffiziale dello stato civile non può rifiutare la cele- " brazione del matrimonio, se non per causa ammessa " dalla legge. In caso di rifiuto ne rilascierà certificato con

(1) Cf. Pothier, *Du mariage*, n. 378; Aubry e Rau, loc. cit.; Demolombe, III, 213; Laurent, II, 428, e III, 4-7; Pacifici-Mazzoni, *Istituz.* (2ª Ediz.), II, 151; Saredo, op. cit., n. 164, pag. 433-435; Borsari, *Comm.*, I, art. 95, § 255 (*c*); Buniva, op. cit., pag. 197-198; Ricci, *Dir. civ.*, I, 112.

“ indicazione dei motivi. Se le parti credono ingiusto il
“ rifiuto, provvederà il Tribunale, sentito il pubblico
“ Ministero, salvo sempre il richiamo alla Corte d'ap-
“ pello „ (1).

Questa norma di legge va collegata naturalmente a quella scritta nell'art. 75 che considera e regola in modo analogo il rifiuto dell'ufficiale di stato civile a procedere alle *pubblicazioni* necessarie pel matrimonio. Ciò che più importa però è di non confondere l'ipotesi contemplata nel predetto art. 98, coll'altra in cui il rifiuto dell'ufficiale alla celebrazione del matrimonio sia dipendente da una *opposizione* al matrimonio, mossa da terza persona (cf., art. 90, cod. civ.). Il precetto dell'art. 98 ha un valore suo proprio e distinto, in quanto lascia facoltà all'ufficiale di stato civile di ricusare la celebrazione, per sua iniziativa, e indipendentemente dall'esservi o no una opposizione da parte di persone interessate. Ed è anzi questo l'oggetto e la ragion d'essere dell'art. 98; sotto il quale riguardo esso trova complemento nell'articolo 124, da cui risulta non solo la facoltà, ma l'obbligo nell'ufficiale richiesto per la celebrazione, di non procedervi qualora al matrimonio stesso osti qualche impedimento o divieto legale *di cui egli abbia notizia*. Così trattasi qui veramente di una eccezione che può e deve essere sollevata *d'ufficio*, dietro la conoscenza diretta e personale che l'ufficiale di stato civile abbia di un ostacolo legale alla formazione del progettato matrimonio (2). E da questa dif-

---

(1) Il disposto speciale dell'art. 98 non ha riscontro nel codice Francese (art. 65 e seg., 165 e seg.), nè in quelli dei cessati Stati italiani. Neppure i lavori preparatori del codice nostro, per quanto ci consta, offrono schiarimenti su di esso.

(2) Tuttavia questa medesima eccezione sollevata direttamente dall'ufficiale di stato civile può dare occasione e moto anche ad un vero giudizio di opposizione, nel caso che il rifiuto dipenda dalla esistenza d'impedimenti legali; poichè allora, come già fu veduto (sopra, n. 105, pag. 393), l'ufficiale deve tosto informarne il pubblico ministero, acciò questi possa promuovere l'opposizione a termini dell'art. 87, cod. civ. (art. 90, R. Decreto 15 novembre 1865 sull'ordinamento dello stato civile).

ferenza di concetto dipende poi la diversa forma con cui può essere risoluta la obbiezione mossa contro il matrimonio da celebrare; forma che è quella di un giudizio seguito da sentenza, nel caso di opposizione (articolo 90, cod. civ. e 797, cod. proc. civ.), di un semplice provvedimento in Camera di consiglio, nel caso di rifiuto spontaneo dell'ufficiale richiesto (art. 98, cod. civ. e 798, cod. proc. civ.).

Attenendoci ora al secondo di questi due casi (delle opposizioni si terrà discorso in seguito), poche osservazioni bastano a completare la intelligenza dell'art. 98. — È naturale che l'ufficiale di stato civile, il quale creda di dover ricusare la celebrazione del matrimonio, debba rilasciarne certificato, e insieme indicare i motivi del rifiuto; acciocchè, non potendo essere egli arbitro della situazione, le parti abbiano modo, se credono infondato il rifiuto, di ricorrere alla autorità giudiziaria per fare risolvere il conflitto. E sebbene si tratti qui di una vera contestazione, in cui stanno di fronte il diritto che pretendono le parti di addivenire alla conclusione del matrimonio, e l'affermazione dell'ufficiale che ritiene esistere un ostacolo legale a quella unione, e mancare quindi in lui l'obbligo di prestarsi a consacrarla, pure l'intervento della autorità giudiziaria e la pronuncia di essa sulla contestazione medesima assume il carattere non di un giudizio ordinario, ma di un provvedimento in Camera di consiglio (art. 798, cod. proc. civ.).

Quanto alle *parti*, di cui dice l'articolo 98 che possono reclamare contro il rifiuto dell'ufficiale di stato civile, si intende che esse possono essere soltanto gli sposi, i quali appunto figurano come parti contraenti nel progettato matrimonio. E qualora l'uno o l'altro degli sposi non avesse raggiunto la maggiore età ordinaria, sembra certo che il reclamo potrebbe essere mosso non già dai parenti in genere del minorenne (confr. articolo 67, § 2), ma soltanto dal minorenne stesso coll'*assistenza* delle

persone alla cui autorità trovasi sottoposto, quanto al matrimonio.

La pronuncia dell'autorità giudiziaria la quale faccia ragione al reclamo, dichiarando ingiusto il rifiuto, potrà mai sottoporre l'ufficiale di stato civile ad una eventuale responsabilità di danni verso le parti?

Il dubbio si riannoderebbe ad altre teorie, concernenti le conseguenze civili delle colpe imputabili ad ufficiali pubblici. Qui, per incidenza, basterà avvertire che una tale responsabilità non può essere esclusa *a priori*, ma ben di raro si incorrerà di fatto. Per ammetterla, bisogna infatti supporre che risulti provata non solo la insussistenza della causa di rifiuto addotta dall'ufficiale dello stato civile, ma ancora che questi fosse consapevole di tale insussistenza o per lo meno che egli sia imputabile a tale riguardo di grave colpa; mentre una prova che per lui fosse anche solo incerta e dubbiosa basterebbe ad assodare la sua buona fede, in relazione all'obbligo impostogli dall'art. 124 di astenersi dalla celebrazione del matrimonio al quale osti un impedimento *di cui abbia notizia* (1).

Un'altra questione fu sollevata in questo argomento; cioè se il ricorso contro il rifiuto dell'ufficiale di stato civile debba essere *notificato* alle persone che possono avervi interesse, analogamente a quanto dispone l'art. 89, cod. civ. (2).

E se non erriamo, le osservazioni premesse al principio di questo numero rendono più agevole la soluzione. Altro è, dicemmo, il rifiuto alla celebrazione del matri-

---

(1) Cf. Borsari, *Comm.*, I, art. 98, § 259. — Nel caso poi che il rifiuto dell'ufficiale fosse conseguenza di una opposizione mossa da altri, la sua irresponsabilità sarebbe anche più larga, come si vedrà in seguito, trattando delle opposizioni.

(2) Corte di Cagliari, 4 dicembre 1875 (*Fôro ital.*, I, 1, 36); Cassazione di Roma, 25 aprile 1876 (*ib.*, I, 1, 1157); Corte di Catania, 22 maggio 1877 (*ib.*, II, 1, 811).

monio che avvenga soltanto per opera ed iniziativa dell'ufficiale dello stato civile, ossia d'ufficio (art. 98, cod. civ., e art. 90, R. decreto 15 novembre 1865); altro è il rifiuto che sia dipendente da una opposizione promossa da terze persone (art. 90, cod. civ.). — Nel primo caso, la via da seguire è tracciata dall'art. 798, codice proc. civ., e la forma del procedimento è quella di un provvedimento in Camera di consiglio. Ora, per questo, non può certamente essere necessario, nel silenzio della legge, che il ricorso degli sposi sia notificato a terze persone, le quali, pur essendovi interessate, non abbiano formato opposizione legale. Per l'indole stessa di quel procedimento, basta a dargli corso regolare la presenza degli sposi e dell'ufficiale. — Nel secondo caso, trattandosi cioè di una vera opposizione sollevata dalle persone a cui la legge ne attribuisce il diritto, la sede *contenziosa* è designata apertamente dall'art. 797, codice procedura civile. E il rifiuto dell'ufficiale di stato civile, che è conseguenza necessaria della opposizione medesima, non può alterare l'indole e le forme di essa, nè prendere su essa la prevalenza. Dal che segue che non potrebbe essere lecito agli sposi di considerare come per sè stante il rifiuto della celebrazione da parte dell'ufficiale di stato civile, e di muovere ricorso contro tale rifiuto, a fronte del solo ufficiale, per ottenere l'autorizzazione giudiziale alla celebrazione del matrimonio, colla procedura più semplice indicata nell'articolo 798, codice procedura civ., anzichè coll'altra stabilita dal precedente art. 797, pel caso di opposizione.

Lasciamo però in disparte l'altra disputa concernente l'ammissibilità o meno del ricorso in Cassazione, contro il provvedimento emanato dalla Corte d'appello circa il rifiuto dell'ufficiale richiesto per la celebrazione. Questione tutta di procedura e subordinata all'altra più generale se la via del ricorso per Cassazione sia concessa soltanto, giusta gli art. 465 e 517, cod. proc. civ., per le sentenze

vere e proprie, o anche per le pronuncie e i provvedimenti di altra natura, emessi dai tribunali in grado di appello, ove contengano violazione di legge (1).

Sezione III.

Delle prove di celebrazione del matrimonio.

122. Le parole colle quali è indicato nel Codice l'argomento di questo Capo, servono a stabilirne con tutta l'esattezza desiderabile il vero oggetto. Sarebbe stato impreciso, per soverchio di estensione, il dire che si trattasse delle *prove del matrimonio;* ciò che abbraccierebbe anche la dimostrazione della esistenza giuridica e della validità legale di esso, qualora l'una o l'altra fosse contestata. Ora è certo che il legislatore non si occupa qui dei mezzi coi quali, in caso di contestazione, possa provarsi la presenza degli elementi necessari all'essenza od alla validità del matrimonio, ma unicamente di quelli con cui possa essere constatato il *fatto della celebrazione*, lo adempimento cioè delle *solennità richieste per la formazione giuridica dell'atto*.

Il verificarsi d'una controversia intorno all'essenza od

(1) Cf. citata sentenza della Cassazione di Roma, 25 aprile 1876; Cassazione di Firenze, 24 febbraio 1887 (nella *Legge*, 1887, 1, 657); e Mattirolo, *Dir. giudiz.*, IV, 619.

alla validità civile del matrimonio, ben lungi di far cadere il dubbio anche sul fatto della celebrazione, fa supporre anzi che questo fatto debba ritenersi constante, o sia poi perchè intorno ad esso non sorga nemmeno contestazione fra le parti, e sia quindi ammesso come dimostrato, o perchè, in caso di controversia, ne sia stata somministrata la prova. Così, è quando non sia posto o non possa porsi in dubbio che si è celebrato un atto avente le forme esteriori del matrimonio, che potrà disputarsi se quell'atto debba tuttavia essere considerato come mancante delle condizioni necessarie alla sua essenza giuridica, per incapacità naturale d'una delle parti contraenti o per mancanza di vero loro consenso, ovvero debba riguardarsi come civilmente nullo per la esistenza di qualcuno degli impedimenti dirimenti dalla legge stabiliti.

Tra l'un caso e l'altro sono profonde ed importantissime le differenze; sia quanto alle persone a cui spetti l'onere della prova del fatto controverso, sia quanto ai mezzi con cui tale prova possa essere somministrata.

È principio fondamentale, in materia di prova, spettarne l'onere a colui che sovra un determinato fatto giuridico (sia poi questo positivo o negativo) fondi la propria pretensione, colla quale intenda a porre l'avversario in una condizione deteriore, a togliergli od a peggiorare in suo danno quella posizione giuridica che gli sarebbe acquisita, o in forza di fatti già da lui dimostrati, o per virtù di presunzione naturale che a tale dimostrazione supplisca, rendendola superflua. Ora, applicando questi principii alla materia nostra, è certo che se sia ammesso il *fatto della celebrazione* d'un matrimonio, e solo se ne contesti l'efficacia giuridica, per cause che si dicano ostare alla sua essenza, o costituirne impedimenti legali dirimenti, spetterà a chi oppugni così il valore giuridico del matrimonio celebrato, il somministrare la prova dei fatti ai quali si appoggia; che se all'opposto sia il fatto stesso della celebrazione che cada in controversia, sarà la parte la quale

sostenga l'esistenza e gli effetti civili del matrimonio, che dovrà provare quel fatto.

Nel primo caso poi la prova dei fatti costituenti ostacolo all'essenza giuridica, od impedimenti legali dirimenti del matrimonio, potrà somministrarsi generalmente con qualunque dei mezzi ordinari; a meno che la natura particolare del fatto allegato richieda uno speciale mezzo di prova. Qualunque limitazione, che il legislatore volesse apporre ai mezzi di prova ammissibili per tali fatti, diverrebbe irrazionale; non dipendendo dalle parti interessate l'avere o no a propria disposizione quegli speciali mezzi di prova che al legislatore medesimo piacesse di preferire. Così non solo per documenti, ma anche per testimoni, o per presunzioni, o per tutti questi mezzi insieme, si potrà dimostrare, secondo i casi, la incapacità naturale di una delle parti contraenti, o la mancanza assoluta del loro consenso, od i vizi di cui il consenso medesimo fosse stato infetto, ecc. Ma non si potranno provare che coi documenti appropriati gl'impedimenti derivanti dalla mancanza dell'età richiesta in uno degli sposi, dal vincolo di un precedente matrimonio, o da quelli di parentela, di affinità, di adozione, o dall'interdizione giudiziaria, ecc.

Nel secondo caso invece la prova del fatto contestato, della celebrazione del matrimonio, non potrebbe essere ammissibile con qualunque dei mezzi ordinari. La gravità del fatto in sè stesso e delle conseguenze legali che ne derivano, sia nei rapporti privati delle parti interessate, sia nei rapporti sociali, non poteva permettere tanta latitudine nell'ammissione dei mezzi di constatazione del fatto medesimo. D'altronde, se si tratti dei coniugi stessi i quali abbiano a provare la celebrazione del loro matrimonio, per reclamarne il titolo e gli effetti civili, essi avranno da imputare a loro medesimi se non abbiano curato di avere precostituito il mezzo di prova esclusivamente ammesso dalla legge. Che se sia caso in cui ai coniugi non sia punto imputabile la mancanza di questo mezzo di prova, o se

siano i figli, che per reclamare la qualità di legittimi e gli effetti civili che ne derivano a loro vantaggio, abbiano bisogno di provare la celebrazione del matrimonio dei loro genitori, la legge provvede, come vedremo, declinando con opportune eccezioni dal rigore delle regole ordinarie.

Determinare i mezzi di prova *del fatto della celebrazione* di un matrimonio, è pertanto l'oggetto del presente Capo nel cod. civile; le cui disposizioni, siccome evidentemente attinenti in questo argomento all'ordine pubblico, devono quindi applicarsi con rigore; per modo da escludere assolutamente l'ammissibilità d'altri mezzi di prova fuori di quelli che dalla legge sono determinati, e da non potersi estendere mai a casi diversi dai contemplati le eccezioni di favore che in alcuni di essi sono stabilite.

È da osservare però che le norme tassative determinate dalla legge in questa materia riguardano soltanto le prove a cui si domandi d'essere ammesso *per reclamare il titolo di coniuge e gli effetti civili del matrimonio* (art. 117, codice civile). Quando adunque la questione, per isciogliere la quale si domandi d'essere ammesso a provare il fatto della celebrazione d'un matrimonio, non abbia per oggetto diretto od indiretto lo stato matrimoniale in sè stesso, nè gli effetti civili che ne derivano, ma tenda a tutt'altro fine, e quella celebrazione abbia ad essere constatata unicamente come un fatto che dia luogo all'aprimento od all'estinzione di un diritto estraneo allo stato di matrimonio ed ai suoi effetti civili, allora le regole speciali dettate dalla legge a questo proposito, delle prove di celebrazione del matrimonio, non saranno applicabili. Così, se si disputasse dell'essersi o no verificato od estinto un diritto, il cui aprimento o la cui cessazione dipendesse, in forza di convenzione o di disposizione d'ultima volontà, dal legarsi in matrimonio una determinata persona, i mezzi di prova ammissibili per constatare la celebrazione, che si affermasse essere avvenuta, non sarebbero limitati a quelli che la legge specialmente determina pel caso in cui *si reclami il titolo di coniuge e gli*

effetti civili del matrimonio, ma sarebbero tutti i mezzi ordinari (1).

123. Ristretto così il campo delle nostre indagini, secondo le idee esposte nel numero precedente, a quello solo che concerne la prova del fatto della celebrazione del matrimonio, e per lo scopo di reclamare il titolo di coniuge e gli effetti civili del matrimonio stesso, vediamo, innanzi tutto, stabilito dal codice un principio generale, applicabile a chiunque voglia per l'accennato scopo essere ammesso a quella prova. Questo principio è scritto nell'art. 117 del codice civile nei seguenti termini: " Niuno può reclamare " il titolo di coniuge e gli effetti civili del matrimonio, se " non presenta *l'atto di celebrazione estratto dai registri dello* " *stato civile* ". Il che facilmente si giustifica, come vedemmo nel numero precedente, sia per la natura e l'importanza del fatto che si tratta di provare, sia per essere generalmente imputabile alle parti se esse non abbiano in pronto quel mezzo di prova che la legge ha stabilito ad esclusione di qualunque altro.

Quantunque però quest'ultima considerazione valga per verità soltanto relativamente agli sposi, non è da credere che ad essi unicamente sia applicabile la disposizione del riferito art. 117. Non permetterebbero questa restrizione i termini stessi generali ed assoluti della citata disposizione; la quale dichiara che *niuno può reclamare... gli effetti civili del matrimonio*, se non presenti l'atto di celebrazione estratto dai registri dello stato civile. Ora gli effetti civili del matrimonio possono bene essere reclamati, non tanto dai coniugi stessi l'uno contro l'altro, quanto anche dagli eredi del coniuge predefunto contro il superstite, o da questo contro quello, o dai figli nati da quel matrimonio contro le persone interessate a contestare la loro legittimità. Anche

---

(1) Aubry e Rau, § 452bis, nª 1; Demolombe, t. III, n. 390; Laurent, III, 2, 3; Pacifici-Mazzoni, *Istituz.* (2ª ediz.), II, 192; Ricci, *Dir. civ.*, I, 128.

a costoro sono dunque applicabili i termini generali in cui è scritta la disposizione dell'art. 117. Oltre a ciò, passando anche dalla espressione letterale della legge ai principii direttivi di essa, è facile scorgere come non potessero giustamente ammettersi contro gli sposi ed a favore d'altri quei mezzi di prova della celebrazione del loro matrimonio che fossero rifiutati agli sposi medesimi per reclamare gli effetti civili della loro unione. Se non che può avvenire, come già notammo, che indipendentemente da qualsivoglia fatto o negligenza imputabile comunque agli sposi, manchi ad essi, per caso fortuito, o per forza maggiore, o per dolo o per colpa altrui, il mezzo legale ordinario per provare la celebrazione del loro matrimonio; ovvero possono essere i figli, che dovendo provare il matrimonio dei loro genitori, per constatare la propria legittimità, non sappiano come scoprire e produrre quel mezzo legale di prova, quantunque in realtà essi siano nati da matrimonio legittimo regolarmente celebrato. Per tali casi pertanto conveniva abbandonare il rigore della regola comune, ammettendo mezzi diversi da quello ordinariamente richiesto, dell'estratto dai registri dello stato civile, per constatare la celebrazione del matrimonio. È ciò che ha fatto il nostro codice, stabilendo, per derogazione al principio generale scritto nell'art. 117, le seguenti eccezioni:

1° quando non si sieno tenuti, o sieno stati distrutti o smarriti in tutto od in parte, o interrotti i registri dello stato civile di matrimonio;

2° quando vi siano indizi che, per dolo o per colpa dell'uffiziale di stato civile, l'atto di matrimonio non sia stato iscritto nei registri a ciò destinati;

3° quando la prova della celebrazione del matrimonio, che risultava dai registri dello stato civile, sia stata soppressa o alterata col mezzo d'un reato constatato in giudizio penale, il cui risultato formi prova della celebrazione medesima;

4° quando, essendo premorti amendue i coniugi, siano

i figli che abbisognino di provare il matrimonio celebrato tra i loro genitori, per far constare della propria legittimità.

Occupiamoci ora distintamente sia dello sviluppo della regola generale stabilita dall'art. 117, sia di ciascuna delle quattro eccezioni ora indicate.

124. Affinchè della celebrazione del matrimonio possa farsi la prova regolare determinata dall'art. 117 del codice civile, non basta che si presenti un atto il quale sia stato compilato a parte dall'uffiziale dello stato civile, ancorchè contenga le altre forme prescritte per la celebrazione degli atti dello stato civile in generale, e per quelli di matrimonio in particolare; ma bisogna che quell'atto sia stato *iscritto* dall'uffiziale predetto *nei registri dello stato civile*, e da questi sia estratto il documento che si produce per provare la celebrazione del matrimonio (d° art. 117, cod. civ.). È infatti fondamentale, tra le forme degli atti dello stato civile, questa che essi siano inscritti negli appositi registri. Le cautele speciali di cui la legge circonda la formazione, la tenuta, la conservazione di questi registri e la iscrizione degli atti sovra di essi, sono quelle che, in materia tanto delicata ed importante quanto è lo stato delle persone, presentano le garanzie necessarie per attribuire fede pubblica, fino ad iscrizione in falso, alle risultanze degli atti dello stato civile (art. 363, cod. civ.). D'altro lato la pubblicità che è necessaria, specialmente nell'interesse dei terzi, non può ottenersi fuorchè nei registri; nei quali perciò è, anche sotto questo aspetto, essenziale che gli atti vengano iscritti. Un celebre autore francese ha scritto che “ L'uffiziale dello stato civile *non è più competente e perde il suo carattere ufficiale* allorchè iscrive gli “ atti altrove che nei registri pubblici a ciò destinati „ (1). La quale proposizione, se può essere tacciata di qualche

(1) Demolombe, t. I, n. 323.

inesattezza nel rigore dei termini in cui è formulata, contiene però questo concetto verissimo, che l'uffiziale dello stato civile non può attribuire fede pubblica agli atti da lui ricevuti, se non in quanto si conformi alle condizioni prescritte dalla legge come *essenziali* negli atti medesimi; carattere questo che pei motivi sopra dimostrati non pare potersi disconoscere in quella condizione che consiste nell'essere gli atti dello stato civile iscritti sopra i registri a ciò destinati.

È dunque da adottare anche presso noi la massima professata dal maggior numero degli autori francesi (1), quantunque contraddetta da altri (2), che la prova della celebrazione del matrimonio non possa farsi colla produzione d'un atto scritto dall'uffiziale dello stato civile sopra un *foglio volante*. La qual massima è poi tanto più confermata nella nostra legislazione, sia dalla disposizione dell'art. 364 del codice civile, che per tutti gli atti dello stato civile ammette potersi provare le nascite, i matrimoni e le morti, anche con documenti o scritture estranee o per testimoni, *quando i registri manchino o siano stati smarriti o distrutti in tutto od in parte, o ne sia stata interrotta la tenuta*, ma non quando il solo atto speciale di cui si tratti non vi sia stato iscritto: sia ancora, e più specialmente, dalla disposizione dell'art. 121, nuovo nel nostro codice, che pel caso in cui *per dolo o per colpa* dell'uffiziale dello stato civile *l'atto di matrimonio non sia stato iscritto sui registri a ciò destinati*, ammette bensì i mezzi eccezionali di prova permessi dell'art. 364, ma sotto speciali condizioni di cui parleremo in uno dei numeri successivi. Il che dimostra (pare, senza contraddizione possibile) che se l'atto di matrimonio non sia scritto sui registri dello stato civile, ma sopra un foglio volante, non si potrà con quest'unico mezzo provare la celebrazione, a termini dell'articolo 117, ma si potrà

---

(1) Duranton, t. I, n. 341; Zachariae, § 452, n. 2; Marcadé, art. 197, § 3, t. I, n. 675; Demolombe, t. III, n. 386; Laurent, III, 5.

(2) Toullier, t. I, n. 348; Coin-Delisle, art. 52, n. 3.

ammetterne la prova solamente nei casi e sotto le condizioni e nei modi eccezionali stabiliti dal successivo articolo 121 (1).

Illustri autori hanno detto che " in mancanza della com- " pilazione dell'atto del matrimonio, o della iscrizione di " esso sui registri dello stato civile, *la legge presume che il* " *matrimonio non esista;* e in generale *questa presunzione è* " *assoluta*, nè può essere distrutta con veruna prova in " contrario, finchè non si tratti d'altro che degli effetti ci- " vili del matrimonio „ (2). Nel quale enunciato però non sembra riscontrarsi tutta quella precisione d'idee per la quale si distinguono di solito quegli scrittori. Non è infatti esatto il far dipendere l'esistenza del *matrimonio* da quella dell'atto che deve essere compilato ed iscritto sui registri, e il trovare quindi nella mancanza di tale atto una presunzione contraria alla sussistenza reale del matrimonio. Non dobbiamo dimenticare che la regola dell'articolo 117 (194, cod. Franc.) concerne soltanto *le prove* della celebrazione del matrimonio, non già la esistenza e la validità intrinseca di esso (v. sopra, n. 122). Dal che segue che anche l'*atto* di matrimonio, considerato come mezzo di prova, ossia come documento, avrà bensì i requisiti suoi propri di essenza o di validità civile, ma distinti e diversi da quelli del matrimonio per sè stesso considerato. — Sotto il primo aspetto, cioè in riguardo all'*atto* come documento, la legge nega valore ad un atto di matrimonio, che non sia iscritto sui registri dello stato civile; non permette di produrre l'atto di matrimonio se non per estratto da quei registri. È dunque il caso di dire che in diritto la impossibilità di dedurre una cosa equivale *negli effetti* alla non esistenza di essa. In altri termini se, come nel caso nostro, la legge per ragioni d'ordine pubblico vieti la esibizione di un atto, che non risulti con un mezzo speciale, dalla legge mede-

(1) Cf. Borsari, *Comm.*, 1, art. 117, § 316.
(2) Zachariae, Aubry e Rau, § 452 bis.

sima considerato come essenziale ed esclusivo, la mancanza di quel mezzo di prova si pareggierà *per l'effetto* all'inesistenza stessa dell'*atto* che si vorrebbe provare. Di che riesce manifesta la verità di un'altra massima, ammessa pure dai citati autori, quantunque nel loro sistema potesse incontrarne molta difficoltà la dimostrazione, che cioè a provare un atto di matrimonio non iscritto sui registri dello stato civile, non varrebbe la confessione medesima della parte, alla quale pertanto non potrebbe nemmeno essere deferito il giuramento decisorio (1). — Sotto l'altro aspetto poi, che riguarda l'influenza della mancanza dell'atto sul valore intrinseco del matrimonio, sono da richiamare innanzi tutto le considerazioni già esposte sulla questione se la compilazione dell'atto nei registri sia elemento costitutivo del matrimonio. E data, come generalmente è ammessa, la soluzione negativa (2), non può dirsi neppure che la mancanza di quell'atto determini una presunzione assoluta contraria alla *esistenza* del matrimonio per sè considerato, mentre è la prova e non la effettiva esistenza del matrimonio che da quell'atto dipende. Il che tanto più riesce confermato di fronte al codice nostro, che coll'art. 121 (di cui diremo tra breve) provvede ad assicurare gli effetti del matrimonio nel caso che siasi *omessa* la iscrizione dell'atto sui registri.

125. Del principio assoluto recato dall'art. 117 del cod. civile, e che sviluppammo nei due numeri precedenti, non è che un corollario la disposizione del successivo articolo 118, concepito come segue:

" Il possesso di stato, quantunque allegato da ambidue " i coniugi, non dispensa dal presentare l'atto di celebra- " zione ".

Gli stessi motivi pertanto a cui vedemmo appoggiata la disposizione generale dell'art. 117, valgono eziandio a giu-

(1) Aubry e Rau, loc. cit., nª 2.
(2) Cf. sopra, n. 120, pag. 430-432.

stificarne questa speciale conseguenza. La quale se è stata espressa nel riferito articolo 118, fu per togliere anche il dubbio, che laddove fosse un possesso pubblico, pacifico, uniforme, costante, dello stato matrimoniale fra due persone, le quali convivessero come marito e moglie, e tali si chiamassero pubblicamente, e come tali si trattassero reciprocamente, esercitando i diritti ed adempiendo i doveri che nascono dal matrimonio, epperò per coniugi fossero ritenute generalmente da tutti (*nomen, tractatus et fama*), ciò dovesse bastare a dispensare dal bisogno di qualunque prova ulteriore, e quindi dal dover produrre, a tenore dell'art. 117, codice civile, l'atto di celebrazione estratto dai registri dello stato civile, per dimostrare, in caso di contestazione che il matrimonio fu contratto. Ma è agevole scorgere che tutto ciò non poteva essere motivo sufficiente per derogare alla massima fondamentale, d'ordine anche pubblico, stabilita nell'art. 117 predetto. Sarebbe troppo facile che un falso possesso di stato riuscisse a far passare come matrimonio legittimo quello che non fosse altro che una unione illecita. D'altronde, se sia vero che al possesso vada congiunta la realtà dello stato di matrimonio, non dev'essere difficile ai coniugi il presentarne la prova, traendola dai registri pubblici dello stato civile. Nè a loro potrebb'essere lecito l'allegare d'ignorare il luogo nel quale il loro matrimonio fosse stato celebrato, e di non sapere perciò a quale uffizio di stato civile rivolgersi per estrarne l'atto. Che se per uno straordinario caso sia avvenuto che nel luogo in cui realmente siasi contratto il matrimonio, sia però stata omessa la iscrizione dell'atto relativo nei registri dello stato civile, per dolo o per colpa dell'uffiziale pubblico, la legge ha provvisto abbastanza, come già fu accennato e come più ampiamente si dimostrerà in seguito, coll'ammettere in via di eccezione che il possesso di stato, col concorso di altre circostanze, possa allora valere a provare la celebrazione del matrimonio (art. 121, cod. civ.). Parimente pel caso in cui la prova della celebrazione del

matrimonio, che risultava dai registri dello stato civile, fosse stata tolta con un reato constatato da giudizio penale, il codice ha pure provveduto colla disposizione eccezionale dell'art. 122; come ha provveduto eziandio negli art. 117 e 364 per le eventualità di mancanza, distruzione o smarrimento dei registri.

Poichè dunque sono stati prevenuti tutti i casi nei quali potesse realmente verificarsi, senz'alcuna colpa dei coniugi, la impossibilità per loro di provare il matrimonio col mezzo ordinariamente richiesto, e in quelli si è opportunamente declinato dal rigore di questa prescrizione, la legge ha ben potuto esigerne in ogni altro caso la stretta osservanza, e non dispensarne nemmeno a fronte del possesso di stato, che si adducesse come pretesa prova della celebrazione.

Dimostrati così i motivi del concetto generale contenuto nella disposizione dell'art. 118, ci resta solo di schiarire il perchè vi sieno state aggiunte quelle parole: " *quantunque* " *il possesso di stato sia allegato da ambidue i coniugi* ".

Abbiamo visto altrove che il principio fondamentale posto nell'art. 117 è generale ed assoluto; applicabile quindi senz'aver riguardo alle persone che sieno impegnate nella contestazione relativa all'essere o no stato celebrato il matrimonio (1). E poichè di quel principio fondamentale è una conseguenza necessaria la massima stabilita nel successivo articolo 118, ne deriva che la disposizione di questo sia dunque da ritenersi come altrettanto generale ed assoluta, e si debba pertanto applicarla non solo allora quando, invece dell'atto di celebrazione del matrimonio, si volesse allegare il possesso di stato dall'uno dei coniugi contro l'altro, ma quando anche fosse il coniuge superstite che l'opponesse agli eredi del coniuge predefunto, o questi volessero opporlo a quello, o i figli nati dal preteso matrimonio volessero farlo valere contro le persone interessate a contestare la loro legittimità, od

(1) V. sopra, n. 123, pag. 441.

amendue i coniugi l'opponessero nel loro interesse comune a terze persone, — per esempio agli eredi testamentari di un proprio figlio per reclamare la quota attribuita loro per successione a titolo di legittima — od un terzo l'opponesse ad amendue i coniugi.

Ben s'intende che quanto abbiamo detto relativamente ai figli nati dal preteso matrimonio — cioè non poter essi invocare il possesso di stato coniugale dei loro genitori contro gl'interessati a contestare la loro legittimità — va soggetto all'eccezione già sopra indicata, qualora si verifichi il concorso delle speciali condizioni stabilite dall'art. 120 e di cui parleremo appresso. Ma questa stessa limitazione, colle condizioni particolari alle quali è subordinata, ben lungi dal distruggere la regola, la conferma.

Posta dunque quest'applicabilità così generale ed assoluta della massima proclamata nell'art. 118, perchè mai il detto articolo vi aggiunge quella dichiarazione — *quantunque* il possesso di stato sia *allegato da ambidue i coniugi?* Forsechè in questo caso, più che negli altri, potrebbe presentarsi il dubbio che il possesso di stato avesse a togliere il bisogno di produrre l'atto di matrimonio per provarne la celebrazione? Ma, tutt'all'opposto, se v'è caso anzi in cui sia manifesto che ciò non può essere, è questo nel quale siano amendue i coniugi che oppongano il proprio possesso di stato a terze persone; mentre, essendo queste completamente estranee ai fatti costitutivi di quel possesso, non potrebbero mai esser costrette a subirne gli effetti, come mezzo di prova che i due conviventi come coniugi potrebbero falsamente procurare a sè stessi contro quelle. Maggior ragione di dubitare presenterebbe piuttosto l'altra ipotesi che dall'uno dei coniugi venisse opposto il possesso di stato all'altro; potendosi pensare che allora, indipendentemente dalla produzione dell'atto di celebrazione del matrimonio, non dovesse esser lecito il venir contro al proprio fatto personale, il disconoscere una propria confessione tacita, negando effetto a quella serie di fatti coi

quali si era riconosciuto all'altra parte il diritto di considerarsi come suo coniuge. Perciò appunto il codice Francese nell'art. 195 diceva che " il possesso di stato non " potrà dispensare *i pretesi sposi che rispettivamente lo* " *allegheranno*, dal presentare l'atto della celebrazione del " matrimonio „. Se non che la forma in cui questa disposizione era espressa poteva lasciar dubitare che il senso di essa fosse restrittivo, e che in tutt'altro caso fuor quello in cui la controversia si agitasse *tra i due sposi l'uno a fronte dell'altro*, potesse il possesso di stato essere addotto, dispensandosi così dal presentare l'atto di celebrazione. E fu probabilmente per escludere questa quistione, che il nostro articolo 118 fu espresso in diverso modo, ponendo chiaramente come generale ed assoluto il principio che " *il possesso di stato non dispensa dal* " *presentare l'atto di celebrazione* „ ed aggiungendo, a maggior conferma, che ciò ha luogo *quando anche il possesso di stato sia allegato da ambidue i coniugi* contro terze persone. Ora se anche possa, per le considerazioni sovra esposte, farsi appunto ai compilatori del Codice di avere così considerato come caso più controvertibile quello che dovrebbe esserlo meno, ne risulta ciò non ostante evidente la intenzione del legislatore di far comprendere più chiaramente che in nessun caso mai, e quali che fossero le persone tra cui si agitasse la contestazione, si potrebbe dispensarsi dal presentare l'atto di celebrazione del matrimonio allegando il possesso di stato.

Al diritto attribuito dall'art. 118 a qualunque persona interessata, di disconoscere l'esistenza di un matrimonio per provare la cui celebrazione non si presenti il relativo atto dello stato civile, ma solo si adduca il possesso di stato, non può farsi efficace rinunzia. Con questa è ben lecito confermare un atto che sarebbe annullabile, spogliandosi così della facoltà di promuovere l'azione di nullità; ma non può esser lecito altrettanto il creare quasi, con una rinunzia a giovarsi del disposto dell'art. 118, gli effetti di

un matrimonio che, in mancanza del mezzo di prova prescritto ad esclusione d'ogni altro dalla legge, era da questa considerato in effetto come se non esistesse (1).

126. Quantunque il possesso di stato non possa sostituirsi alla necessaria produzione dell'atto di celebrazione del matrimonio per la prova di questo, non è a dire però che niun effetto possa attribuirsi in diritto a quel possesso. Già accennammo, e dimostreremo più ampiamente appresso, come vi sieno casi nei quali, per eccezione e col concorso d'altre particolari circostanze determinate dalla legge, può il possesso di stato servire anche come mezzo di prova della celebrazione del matrimonio: il che avviene quando per dolo o colpa dell'uffiziale di stato civile sia stata ommessa la iscrizione dell'atto nei registri (art. 121, cod. civ.) e quando, premorti amendue i coniugi, siano i figli che abbisognino di provare il matrimonio celebrato tra i loro genitori per far constare della propria legittimità (art. 120, cod. civ.).

Ma, oltre a questi speciali effetti, avvene un altro importantissimo, derivante dal possesso di stato, e che è proclamato dall'art. 119 del cod. civ., con queste parole: " Il possesso di stato, conforme all'atto di celebrazione del " matrimonio, sana ogni difetto di forma ".

Il codice Francese esprimeva la stessa massima in una forma molto diversa: " Quando vi è possesso di stato " (diceva l'art. 196 di quel codice) e che è presentato " l'atto di celebrazione del matrimonio avanti l'ufficiale " dello stato civile, *i coniugi non sono rispettivamente am-* " *messi a domandare la nullità di questo atto* ".

Prima di entrare a discutere i motivi, il senso preciso ed i limiti di applicabilità del nostro art. 119, non sarà inopportuno osservare che l'oggetto di esso non riguarda propriamente lo stretto argomento delle *prove di celebrazione*

(1) Aubry e Rau, § 452 bis, nª 8.

del matrimonio e che il detto articolo è scritto in questo Capo unicamente per dimostrare il grave effetto che il possesso di stato può produrre, non ostante che come mezzo di prova della celebrazione non possa sostituirsi alla voluta presentazione dell'atto relativo. — Infatti lo stesso articolo 119 suppone l'esistenza dell'*atto di celebrazione* del matrimonio, che è il mezzo destinato normalmente a far prova della celebrazione medesima; suppone anzi che a quell'atto sia conforme il possesso di stato, il quale perciò, ben altro che servire ad una prova che già si attinge dal mezzo regolare stabilito dalla legge, vale unicamente a produrre questo straordinario effetto di *sanare ogni difetto di forma.*

Ma quale sarà la precisa estensione di questo effetto dalla legge attribuito al possesso di stato? Bisogna convenire, innanzi tutto, che la risposta a tale quesito dovea presentare ben maggiore difficoltà sotto il codice Francese, il quale non parlava di semplici *vizi di forma*, che fossero sanabili col mezzo del possesso di stato, ma dichiarava in forma più generica che *i coniugi non potessero essere rispettivamente ammessi a domandare la nullità dell'atto* di celebrazione del matrimonio. — Ciò stante sorsero dubbi abbastanza gravi, e furono proposte soluzioni diverse nella dottrina francese. Da tutti si ammise che la sanatoria dichiarata nell'art. 196 di quel codice non potesse mai applicarsi alle nullità *intrinseche* del matrimonio (*nullités du fond*), ad esempio, per convalidare un matrimonio viziato per bigamia o per incesto. Ma per determinare poi quali nullità *di forma* dovessero intendersi contemplate in questa disposizione di legge, furono discordi gli avvisi; rimanendo incerto se la conformità del possesso di stato coll'atto di celebrazione valesse a sanare soltanto i vizi di forma dell'*atto*, cioè del *processo verbale* iscritto sui registri, all'unico effetto di regolarizzare la *prova* della celebrazione del matrimonio; o se questa sanatoria fosse invece applicabile soltanto ai vizi di forma relativi al fatto stesso della *cele-*

brazione del matrimonio, cioè ai vizi dipendenti dalla *clandestinità* di esso (1) e dalla *incompetenza dell'ufficiale* celebrante: o se infine la disposizione dell'art. 196 fosse applicabile insieme e ai vizi incorsi nella compilazione ed iscrizione dell'atto sui registri, e ai vizi concernenti la stessa celebrazione solenne del matrimonio (2). E da ultimo il *Laurent* sostenne recisamente la tesi che il disposto dell'art. 196 riguardi soltanto *la prova* della celebrazione del matrimonio, e che la sua applicazione debba restringersi alle nullità risultanti dalla redazione dell'*atto* sui registri dello stato civile; traendo argomento per tale conclusione e dal tenore testuale e dalla collocazione dell'art. 196 nella serie di quegli articoli che riguardano appunto la prova della celebrazione. A ciò si oppone veramente la difficoltà che le forme di redazione degli atti di stato civile non essendo accompagnate dalla sanzione della nullità, mal si comprende come possa aver bisogno di essere sanato ciò che, malgrado il vizio di quelle forme, sarebbe valido ugualmente. Ma osserva il *Laurent* che, anche considerando l'atto per sè stesso, cioè il documento della celebrazione, vi sono forme richieste per la esistenza giuridica dell'atto, come, ad esempio, la sottoscrizione dell'ufficiale celebrante; in difetto della quale non potrebbe ritenersi valido l'atto inscritto sui registri. Sarebbe dunque ad ipotesi di questa natura che potrebbe applicarsi l'art. 196. E alla obbiezione che l'atto non firmato sarebbe inesistente legalmente, e perciò non suscettibile di sanatoria, risponde l'eminente scrittore che l'argomento sarebbe fondato sul rigore dei principii, ma non risponde allo spirito nè al testo

---

(1) È da osservare però che la possibilità di questa speciale applicazione fondavasi sul sistema adottato dal codice Francese (art. 191), che ammetteva l'annullamento del matrimonio *per difetto di pubblicità;* sistema che non è stato seguìto dal codice Italiano, come vedremo trattando delle nullità del matrimonio.

(2) Cf. in vario senso, Marcadé, t. I, art. 196, n. 1; Demolombe, III, 328; Aubry e Rau, § 467, nª 26; Laurent, II, 6-7.

della legge in questa materia, poichè l'art. 196 parla della *nullità dell'atto*, senza distinguere fra nullità propriamente detta e inesistenza.

Abbiamo riassunto questa dottrina più sottile che sicura, perchè essa fu seguita e riprodotta da alcuni trattatisti nostri (1). In realtà mal si comprende come siasi potuto tener dietro così alla autorità di un commentatore Francese, senza avvertire che ben diversa risulta la posizione della questione di fronte al codice Ital. Come avvertimmo più sopra, mentre l'art. 196 codice Francese dichiara che, data la conformità del possesso di stato coll'atto di celebrazione " gli sposi non sono rispettivamente ammessi a " domandare la nullità *di quest'atto* ", l'art. 119 del codice nostro dichiara invece che la predetta conformità *sana ogni difetto di forma*. Ben difficile adunque è il sostenere che il mutato linguaggio del nostro legislatore, dinanzi alla polemica già sorta in Francia, non implichi una risoluzione di quella difficoltà; nel senso che se da questa sanatoria restano indubbiamente escluse (come dianzi fu avvertito) le nullità *intrinseche* del matrimonio, per impedimenti dirimenti che vi facessero ostacolo, nessuna ragione vi è per non comprendervi i vizi di forma concernenti il fatto stesso della celebrazione del matrimonio, anzichè quelli incorsi semplicemente nella compilazione dell'atto sui registri. E rispetto a questi ultimi poi è da osservare altresì che l'ipotesi considerata dal Laurent, di un atto non sottoscritto dall'uffiziale celebrante, repugna veramente e sfugge ai termini dell'art. 119 (196, cod. Francese); poichè in tale ipotesi l'atto come tale, come documento, non esiste; mentre l'art. 119 suppone invece la esistenza dell'atto di celebrazione, e la sua conformità col possesso di stato. Ma

---

(1) Pacifici-Mazzoni, *Istituz.* (2ª ediz.), II, 192 in fine, nota; Ricci, *Dir. civ.*, I, 130-131.

Nel senso che qui sosteniamo, e già sostenemmo nella 1ª ediz. v. Borsari, *Comm.*, I, art. 119, § 318.

il codice nostro (a differenza qui pure del codice Francese) considera un'altra ipotesi, ed offre un'altra via alle persone interessate a provare la celebrazione del matrimonio, col successivo art. 121, nel quale è previsto il caso che per dolo o colpa del pubblico ufficiale l'atto di matrimonio *non sia stato iscritto* sui registri. Vedremo fra breve quale sia il senso e la portata di questa norma del codice nostro; e specialmente se essa debba restringersi ai casi, ivi letteralmente contemplati, di mancata iscrizione per *colpa* dell'ufficiale, o applicarsi invece a tutti i casi di iscrizione mancata per cause estranee e non imputabili agli sposi. Ma intanto si comprende, ci sembra, che quella speciale ipotesi alla quale soltanto dovrebbe applicarsi, secondo *Laurent*, *Pacifici* e *Ricci*, la disposizione dell'art. 119 del nostro codice, potrebbe rientrare più logicamente nei termini dell'art. 121; in quanto che un atto non firmato dall'ufficiale equivale, sotto l'aspetto giuridico, ad un atto non iscritto sui registri.

Così ci sembra assodato almeno che l'oggetto principale di applicazione dell'art. 119 consiste nelle nullità dipendenti dalla inosservanza delle forme proprie alla *celebrazione medesima* del matrimonio. Senonchè resta da osservarsi — a prescindere da quelle formalità *preliminari*, la cui mancanza o irregolarità non vizia di nullità il matrimonio (1) — che tra le stesse formalità costitutive della celebrazione, alcune sono veramente essenziali, come la qualità di ufficiale di stato civile, la dichiarazione del consenso degli sposi, la pronunciazione solenne dell'unione coniugale; sicchè la mancanza di esse renderebbe il matrimonio, non solo annullabile, ma inesistente in diritto; altre, quantunque non essenziali nel senso rigoroso della parola, sono però richieste sotto pena di annullamento, come la competenza dell'ufficiale celebrante e la presenza dei testimoni voluti; altre infine non sono necessarie nè per la essenza nè per

(1) V. sopra, n. 107, pag. 396.

la validità civile del matrimonio, essendo la loro osservanza assicurata soltanto col mezzo di sanzioni penali, come la prescrizione che il matrimonio si celebri pubblicamente nella casa comunale, e che si dia lettura agli sposi di alcuni articoli di legge riguardanti i doveri che nascono dal matrimonio (1).

Ora è certo che alla prima ed all'ultima delle categorie ora rammentate, cioè alle *forme essenziali ed a quelle la cui mancanza non reca nullità del matrimonio*, è ugualmente inapplicabile, sebbene per opposte ragioni, la disposizione dell'art. 119. Non può esso valere pel caso di mancanza di qualche forma essenziale, imperciocchè in tale ipotesi non siamo, innanzi tutto, nei termini stessi della legge, la quale parla di *sanare difetti di forma*, mentre non può dirsi semplicemente *difettoso* ciò che manchi delle condizioni assolutamente necessarie alla sua essenza, nè può essere *sanato* ciò che assolutamente *non esiste;* nè poi può verificarsi ciò che costituisce lo spirito della legge stessa, essendo inammissibile che un semplice fatto, quale è il possesso di stato, non avente in sè medesimo elementi costitutivi di un nuovo stato di diritto, potesse, non tanto convalidare uno stato giuridico esistente, riparandone i vizi legali, quanto *creare* lo stato matrimoniale che assolutamente non fosse preesistito in diritto.

Pel caso poi di difetto di forme non richieste a pena di nullità, sarebbe assurdo il supporre che il possesso di stato sanasse la celebrazione del matrimonio che in tale ipotesi non ne potrebbe abbisognare, avendo, non ostante quel difetto, una piena efficacia giuridica.

Resta adunque che l'art. 119 sia applicabile soltanto al difetto di quelle *condizioni estrinseche* che sono volute, non ad essenza, ma *a pena di nullità* del matrimonio, cioè la competenza dell'uffiziale dello stato civile e la presenza dei testimoni richiesti dalla legge ed aventi le qualità da

(1) Cf. sopra, n. 109, pag. 402.

essa prescritte (art. 104, § 2, e 351, cod. civ.). E questa applicazione diventa allora perfettamente razionale; imperocchè, se il fine per cui si proclamò la nullità d'un matrimonio celebrato davanti un uffiziale non competente dello stato civile, o senza la presenza dei voluti testimoni, fu di assicurare la solenne e pubblica constatazione della verità e lealtà dell'atto, e di prevenire tutte le sorprese e le frodi possibili, il possesso di stato conforme, che si aggiunga all'atto di celebrazione del matrimonio irregolare in quei rapporti, vale a perfezionare quella pubblicità che senza tale possesso sarebbe in difetto, ed a provare la libertà del consenso degli sposi, ed è quindi logico che sani tali vizi di cui il matrimonio era infetto.

Così questo mezzo del *possesso di stato* si aggiunge a quello determinato nell'art. 104, § 3, con cui può essere sanata la nullità derivante da incompetenza dell'uffiziale dello stato civile, ed è poi il solo che possa coprire l'altra nullità dipendente dalla mancanza dei testimoni all'atto della celebrazione (1).

Il codice Francese, nel riferito art. 196, non rendeva assoluta la massima che l'atto di matrimonio irregolare divenisse inattaccabile in forza del possesso di stato, ma ammetteva questa eccezione soltanto *nei rapporti rispettivi degli sposi.* — E ciò era giustificato dalla dottrina, osservando come il possesso di stato fosse l'opera degli sposi stessi; epperò dovesse produrre i suoi effetti contro di loro, non già contro i terzi. Tuttavia la dottrina medesima riconosceva che, se il possesso di stato non faceva scomparire assolutamente a fronte di terze persone i vizi di cui i matrimonio fosse infetto, dovesse però ad ogni modo diminuirne la gravità; sicchè il giudice potesse averne considerazione, per rigettare, secondo i casi, come mal fondata la domanda in nullità formata da una terza persona; e ciò in virtù di quel potere discrezionale a cui l'art. 193 di quel

(1) Come sarà spiegato al capitolo delle nullità del matrimonio.

codice abbandonava il riconoscere se il matrimonio di cui fosse chiesto l'annullamento, per l'inosservanza di una o più delle formalità che dovevano accompagnarne la celebrazione, avesse o no ricevuto una pubblicità sufficiente per soddisfare al voto della legge. Ma questo emendamento non poteva essere applicabile presso noi, poichè la nostra legislazione non lascia ugual potere discrezionale ai tribunali per giudicare se le contravvenzioni alle leggi circa le formalità necessarie nella celebrazione del matrimonio sieno sufficienti per farne pronunciare la nullità (1). E il nostro codice ha preferito di non limitare l'opponibilità della eccezione tratta dal possesso di stato, contro l'addotta nullità del matrimonio, ai soli coniugi tra di loro, ma di ammettere in modo assoluto che il possesso di stato conforme all'atto di celebrazione del matrimonio sani ogni difetto di forma, senza distinzione delle persone che si prevalgano di quel mezzo eccezionale. Così il possesso di stato potrà essere addotto, a termini dell'art. 119, non tanto dall'uno dei coniugi contro l'altro, quanto anche da uno dei coniugi contro terze persone, o da queste contro di lui. Il che è anche conforme agli stessi motivi fondamentali della disposizione dell'art. 119; dappoichè se il possesso di stato conforme all'atto di celebrazione vale a perfezionare questo, supplendo ai difetti che lo rendevano annullabile, l'effetto di ciò dev'essere generale ed opponibile a tutti.

Le condizioni necessarie per rendere applicabile la disposizione dell'art. 119, sono le seguenti: 1° che vi sia *possesso dello stato di matrimonio;* 2° che tale possesso sia conforme all'*atto di celebrazione del matrimonio medesimo.*

Il possesso di stato è costituito dalle circostanze che *i due sposi abbiano coabitato pubblicamente, esercitando i diritti ed adempiendo i doveri di coniugi, e che essi siano stati costantemente riconosciuti, sia nelle rispettive loro famiglie,*

---

(1) V. sopra, n. 109, pag. 402.

sia nella società, come persone congiunte in matrimonio legittimo (1). Il riconoscere se si verifichi il concorso di queste circostanze (*nomen*, *tractatus*, *fama*) è questione di puro fatto, la cui valutazione è quindi abbandonata totalmente alla prudenza dei tribunali. Ed è manifesta eziandio la necessità che la combinazione delle circostanze predette abbia durato per un tempo congruo a *stabilire il possesso di stato;* elemento pur questo la cui valutazione spetta esclusivamente ai giudici del fatto (arg. art. 172).

Richiedendosi che il possesso di stato sia conforme all'atto di celebrazione del matrimonio, ne deriva ancora la necessità che *venga presentato* quest'atto, *estratto dai registri dello stato civile* (arg. art. 117, cod. civ.). — Nè, pei motivi già altra volta esposti, potrebbe bastare che si producesse un atto compilato a parte dall'uffiziale dello stato civile e non iscritto nei registri, dimostrando conforme alle risultanze di quel *foglio volante* il possesso di stato (2).

Discusso così quanto riguarda il mezzo normale di prova della celebrazione del matrimonio, discendiamo ora a trattare delle quattro eccezioni che la legge ammette contro la regola generale stabilita in quel proposito dall'art. 117 (3).

127. *a*) La prima di queste eccezioni non è particolare per ciò che riguarda la prova della celebrazione del matrimonio, ma è un'applicazione di quanto la legge ha stabilito per tutti gli atti dello stato civile in generale. L'art. 117 enuncia infatti questa eccezione riferendosi all'art. 364, che è appunto fra le disposizioni generali per gli atti dello stato civile.

Questo argomento appartiene pertanto ad altra materia che non quella di cui ora ci occupiamo. Tuttavia è necessario qualche cenno che brevissimamente dimostri i motivi ed i limiti di questa eccezione alla regola generale dell'ar-

(1) Zachariae, Aubry et Rau, § 467, n° 3.
(2) V. sopra, n. 124, pag. 444.
(3) V. sopra, n. 123, pag. 442.

ticolo 117 (1). — Parlando di questa regola vedemmo che tra i motivi sui quali essa è fondata avvi quello che il non esservi l'atto di matrimonio iscritto nei registri dello stato civile, che dovrebbe normalmente servire di prova della celebrazione del matrimonio, è generalmente imputabile in parte anche agli sposi stessi, i quali avrebbero potuto e dovuto vegliare affinchè quell'atto fosse compilato ed inscritto nei registri dall' uffiziale dello stato civile (2). Ma quando consti al contrario che la mancanza dell'atto non sia punto imputabile alle parti, ma dipenda dal caso o da forza maggiore, o da dolo o da colpa altrui, non sarebbe ragionevole nè giusto l'insistere nella regola che esigerebbe come mezzo esclusivo di prova del matrimonio la presentazione dell'atto relativo. È perciò che, secondo gli art. 117 e 364 combinati, si deroga al rigore di quella regola allorchè *non si sieno tenuti i registri* — ad esempio per turbamenti politici, per guerre, per invasione d'un morbo epidemico, od altro; — o siano stati distrutti — per incendio od altro disastro, od anche per dolo dell'uffiziale pubblico che ne era depositario, o d'altri; — o sieno stati smarriti, — in circostanza d'un trasporto d'uffici o per altro caso, — od infine sia avvenuta *interruzione* nella tenuta dei registri medesimi, a qualunque cagione ciò sia da attribuire. Fatti somiglianti rendono verosimile l'allegazione delle parti che il matrimonio sia stato celebrato, sebbene non risulti dai registri, quando col tempo in cui questi non furono tenuti, o furono interrotti, od al quale riguardavano i registri distrutti o smarriti, coincida quello in cui con altri mezzi si provi essere avvenuta la celebrazione. Non è quindi necessario provare lo smarrimento o la distruzione precisamente di quell'atto che constatava quel determinato matrimonio, ma basta dimostrare lo smarrimento o la distruzione del

(1) Abbiamo già avuto occasione di trattenerci sull'art. 364 a proposito della prova della parentela (sopra, n. 11, pag. 33).
(2) V. sopra, n. 122, pag. 437-440.

registro o della parte di esso in cui quell'atto dovrebbe trovarsi, od anche lo smarrimento o la distruzione di un solo foglio o di un solo atto, purchè non sia escluso, ed anzi sia verosimile che quel foglio o quell'atto riguardasse appunto il matrimonio di cui si tratta, perchè col tempo della celebrazione di questo combini il tempo a cui dovrebbe riferirsi il foglio o l'atto distrutto o smarrito. Solamente la prova necessaria a farsi, di questa coincidenza di tempo, diviene naturalmente più difficile, allorchè si tratti di un solo foglio o di un solo atto, che quando si tratti di un intero registro o di una parte considerevole di esso.

La mancanza, la distruzione lo smarrimento o l'interruzione dei registri, potranno provarsi con qualunque dei mezzi ordinariamente permessi; quindi tanto per documenti quanto per testimoni ed anche per presunzioni; giacchè la legge non fa a questo proposito nessuna limitazione (v. art. 364, cod. civ.). In ordine poi all'altro fatto dell'avvenuta celebrazione del matrimonio “ sarà ammessa “ la prova (così dichiara lo stesso articolo 364) tanto per “ documenti o per iscritture, quanto per testimoni „. La prova testimoniale è dunque ammissibile anche sola, anche senza essere appoggiata ad un *principio di prova per iscritto* (confr. art. 174 e 1347, cod. civ.). E poichè la prova testimoniale è quella di cui con ragione la legge diffida maggiormente (confr. art. 1341), l'ammissione così assoluta di essa autorizza a ritenere che l'enunciazione fatta nell'art. 364 ai due soli mezzi di prova per iscritto o per testimoni) non sia che semplicemente *dimostrativa*, e il fatto della celebrazione del matrimonio possa provarsi, nei casi contemplati dal detto articolo, con qualunque mezzo, anche con *presunzioni di fatto* (art. 1364, codice civile) (1).

La prova per iscritto può somministrarsi tanto con *atti*

---

(1) Demolombe, t. I, n. 325; Laurent, II, 46.

pubblici, cioè con documenti emanati da pubblici funzionari in materia di loro competenza, quanto con *scritture private*. E non essendo detto nella legge da chi queste scritture debbano essere emanate, sembra doversi ritenere ammissibili, a prudente criterio dei giudici, non solo quelle che fossero opera degli stessi sposi, ma quelle ancora che fossero state fatte da qualunque altra persona, ogniqualvolta se ne potessero trarre presunzioni abbastanza gravi dell'avvenuta celebrazione del matrimonio.

128. *b*) La seconda eccezione alla regola generale dell'art. 117 è recata dall'art. 121 in questi termini:

" Quando vi sieno indizi che, per dolo o per colpa del " pubblico uffiziale, l'atto di matrimonio non sia stato " iscritto sui registri a ciò destinati, i coniugi potranno far " dichiarare la esistenza del matrimonio, secondo le regole " stabilite nei casi di mancanza degli atti dello stato civile, " purchè concorrano le seguenti condizioni:

" 1° che si presenti l'estratto delle fatte pubblicazioni, " o il decreto di dispensa;

" 2° che vi sia prova non dubbia di un conforme pos- " sesso di stato ".

Questa disposizione aggiunta nel codice nostro alle altre di questo capo che furono tratte dal codice Francese, deroga anche al principio fondamentale, che la sola mancanza, distruzione o smarrimento totale o parziale, od interruzione dei registri, non mai la semplice mancanza dell'atto nei registri completi e regolarmente tenuti, può dar luogo a provvedimenti eccezionali in ordine alla prova della celebrazione del matrimonio.

Questa medesima derogazione è però subordinata al concorso di diverse condizioni, e così:

1° che dall'autorità giudiziaria competente sia riconosciuto esservi indizi sufficienti che la mancanza d'iscrizione dell'atto di matrimonio sui registri a ciò destinati sia dipenduta da dolo o colpa dell'uffiziale dello stato civile;

2° che si presenti l'estratto delle fatte pubblicazioni o il decreto di dispensa;

3° che sia provato un possesso di stato conforme al matrimonio che si pretende essere stato contratto, e conforme eziandio alle risultanze delle fatte pubblicazioni o del decreto di dispensa.

Con tale sistema adottato dalla nostra legislazione, si è sciolto un grave dubbio a cui lasciava luogo il codice Francese (1).

Era infatti controverso se l'ammissibilità dei mezzi eccezionali di prova concessi dall'art. 46 di quel codice (corrispondente all'art. 364 del codice nostro) fosse limitata rigorosamente ai soli casi di *mancanza o perdita dei registri*, ovvero dovesse estendersi anche a quello di *semplice omissione* della iscrizione dell'atto nei registri, che fossero stati del resto regolarmente tenuti, e nei quali non apparisse la distruzione o la soppressione di nessun foglio, di nessun atto. Vi erano autori i quali opinavano favorevolmente a tale estensione del disposto dell'art. 46, codice Francese. Li muoveva principalmente la considerazione dell'ingiustizia che vi sarebbe nel far sopportare alle parti le conseguenze del dolo o della negligenza dell'ufficiale pubblico, od anche talora delle circostanze fortuite che avessero impedita la compilazione dell'atto. Osservavano che questa difficoltà essendo stata sollevata davanti al Consiglio di stato, erasi reputato pericoloso il prevedere espressamente il caso di semplice omissione dell'iscrizione dell'atto nei registri, ma erasi riconosciuto nello stesso tempo che a casi somiglianti avrebber potuto provvedere col loro potere discrezionale i tribunali, prendendo norma dalle circostanze particolari. Argomenta-

---

(1) Il quale (art. 195-200) non contiene alcuna disposizione simile a quella del nostro art. 121. Non se ne trova riscontro neanche nei codici dei cessati Stati italiani. E per quanto ci consta, i lavori preparatorii del nostro codice civile non offrono schiarimenti di sorta su questa importante disposizione.

vano inoltre da altre speciali disposizioni della legislazione francese (1).

Altri però ripudiavano assolutamente questa teoria, siccome contraria al testo della legge, al suo spirito, alla ragione delle cose. Il testo, dicevano, escludere formalmente la possibilità di ricorrere a mezzi eccezionali di prova, se non fosse per la mancanza assoluta o per la distruzione o smarrimento totale o parziale dei registri; la facoltà di far uso di quei mezzi eccezionali di prova, ogni volta si pretendesse essere stata omessa la iscrizione dell'atto nel registro, portare con sè la distruzione completa delle regole ordinarie circa gli atti dello stato civile, poichè non si mancherebbe mai di accampare una tale pretesa; infine, quanto è ragionevole il declinare dal rigore delle regole ordinarie allorchè un fatto accertato, qual'è la mancanza o la distruzione o lo smarrimento dei registri, renda verosimile l'allegazione del reclamante, altrettanto essere ingiusto e pericoloso l'estendere una simile eccezione a casi in cui non siavi punto questo elemento di verosimiglianza dell'allegazione (2). Un terzo sistema, di conciliazione tra i due precedenti, insegnava che l'art. 46 del codice Francese non dovesse applicarsi, in materia di matrimonio, a casi diversi da quelli ch'esso espressamente contemplava, di mancanza assoluta o perdita dei registri, fuorchè quando tali casi presentassero una completa analogia con quelli espressi; e che perciò *non potesse l'autorità giudiziaria ammettere la prova testimoniale della celebrazione d'un matrimonio sovra domanda d'una persona che si limitasse a sostenere non essere stato iscritto sui registri dello stato civile l'atto della celebrazione stessa, senza indicare la causa di questa omissione* (3). Manifestamente fu a questo

(1) Merlin, *Rép.* v° *état civil,* § 2; Coin-Delisle, art. 46, n. 19; Laurent, II, 51.
(2) Duranton, t. I, n. 299; Valette sur Proudhon, t. I, pag. 212; Marcadé, art. 46, § 3, t. I, n. 243; Demolombe, t. I, n. 324.
(3) Zachariae, § 452, n. 2, 1, n° 7; Aubry e Rau, § 452 bis, n° 12.

ultimo avviso che si attenne il nostro legislatore (1).

La semplice omissione della iscrizione dell'atto nei registri non può essere di per sè sola una causa sufficiente a rendere ricevibili i mezzi eccezionali di prova della celebrazione del matrimonio, indicati nell'art. 364, cod. civ., perchè ciò equivarrebbe a distruggere completamente la regola dell'art. 117. Ma d'altra parte l'ammissibilità di que' mezzi non è nemmeno limitata esclusivamente alle ipotesi di mancanza o distruzione o smarrimento totale o parziale dei registri, perchè ciò farebbe in molti casi ricadere a danno delle parti innocenti le conseguenze gravissime del dolo o della colpa del pubblico uffiziale, o delle circostanze fortuite o di forza maggiore che avessero assolutamente impedita la compilazione dell'atto. Se dunque la parte, che chiede d'essere ammessa straordinariamente a provare la celebrazione del matrimonio con documenti estranei agli atti dello stato civile o per testimoni, si limiti ad allegare l'omissione della iscrizione dell'atto nei registri, la domanda di lei sarà respinta. Sarà accolta invece, se la parte non si restringa a quella semplice affermazione, ma somministrando argomenti e presunzioni che rendano verosimile l'allegata omissione, e che questa proceda da una causa a lei non imputabile, si ponga così in circostanze perfettamente analoghe a quelle che per virtù dell'art. 364 aprono l'adito a' quei mezzi eccezionali di prova.

Tali sembrano essere stati i motivi e gl'intendimenti del nostro legislatore nella disposizione dell'art. 121, da esso aggiunta nel nostro Codice, e sulla quale ci resta ora di studiare ciò che riguarda le condizioni a cui la disposizione stessa subordina la concessione che contiene, da quali persone possa essere invocata, quali sieno i mezzi di prova che eccezionalmente permette.

A) La prima delle condizioni già accennate, che cioè

---

(1) Cf. Borsari, *Comm.*, I, art. 121, § 322; Ricci, *Dir. civ.*, I, 134.

vi siano indizi essere dipenduta da dolo o colpa dell'uffiziale dello stato civile la mancanza d'iscrizione dell'atto nei registri di matrimonio, suppone, prima di tutto, che sia provata questa mancanza. Evidentemente non potrebbe ammettersi, fondandosi sovra semplici indizi, la prova per testimoni di cosa tanto grave e tanto gelosamente riguardata dalla legge, quant'è la celebrazione del matrimonio, senza che fosse certo non potersi ricorrere al mezzo normale di prova preferito dalla legge stessa. Altrimenti potrebbe accadere di affidarsi ad indizi fallaci, e di accogliere la prova testimoniale di uno stato di matrimonio che non fosse conforme a quello risultante dall'atto di celebrazione, che realmente fosse iscritto nei registri dello stato civile. Così non è lecito in questo rapporto fermarsi a semplici indizi: ai quali d'altronde non è neppure di necessità l'affidarsi, perocchè sapendosi qual era l'ufficio di stato civile in cui fu fatta la richiesta delle pubblicazioni, e nel quale perciò doveva essere ricevuto l'atto di matrimonio (1), diventa anzi molto facile il procurarsi la prova autentica che nei registri di quell'uffizio non è iscritto l'atto del matrimonio che si domanda di provare.

Dimostrata così con tutta la certezza possibile la mancanza del mezzo normale di prova della celebrazione del matrimonio, e la conseguente impossibilità di constatarne l'esistenza fuorchè coi mezzi eccezionali concessi dall'articolo 364, resta però, per potervi essere ammesso, di dovere escludere, se non con piena certezza, almeno con sufficiente verosimiglianza, che l'omessa iscrizione dell'atto nei registri non dipenda da causa imputabile alla parte stessa; ed a ciò si riferisce appunto la prima delle accennate tre condizioni formulate nell'art. 121.

Il testo di questo articolo si esprime veramente in termini più limitati di quanto dovrebbesi indurre dallo scopo

(1) V. sopra, n. 103, pag. 387.

suaccennato che esso si propone, e dalla teoria che vi si è voluto seguire. — L'articolo parla infatti di *dolo o colpa dell'uffiziale dello stato civile*, che sia stato causa di omettere la iscrizione dell'atto nei registri. Ma può pure accadere che ciò sia dipenduto da causa diversa e, ciò non ostante, non imputabile punto alla parte. Può essere che l'iscrizione dell'atto sia stata impedita da caso fortuito o di forza maggiore, il che dalla dottrina era, e doveva essere, considerato come caso più favorevole anzi alla parte, che non siano quelli di dolo o colpa dell'uffiziale pubblico; avvegnachè da questi possa la parte stessa difendersi, colla vigilanza ch'essa ha diritto e mezzi di esercitare affinchè l'uffiziale pubblico adempia al dovere suo di iscrivere l'atto di matrimonio sui registri dello stato civile; mentre nulla può farle scherno contro la forza maggiore.

A fronte però della limitata espressione del testo, e dell'indole *eccezionale* della disposizione ch'esso contiene, dovremo dunque ritenere che l'ammissibilità dei mezzi di prova di cui nell'articolo 364 non si estenda ai casi tutti nei quali siavi indizio d'una *causa non imputabile alla parte*, da cui sia derivata la ommissione d'iscrivere l'atto nei registri, ma si restringa tassativamente alle sole ipotesi di *dolo o colpa dell'uffiziale dello stato civile?* Questi, per esempio, cadde colpito da morte improvvisa appena dopo avere pronunciata solennemente l'unione degli sposi. L'atto, come abbiam visto, era già a quell'istante divenuto giuridicamente perfetto. Ciò che restava a farsi non riguardava che la mera prova dell'atto stesso (1). Dovremo dire, ciò non ostante, che, la mancanza d'iscrizione dell'atto nei registri non dipendendo da dolo nè da colpa dell'uffiziale pubblico, non vi sia luogo, secondo l'art. 121, ad ammettere i mezzi speciali di prova determinati nell'articolo 364? Ciò riescirebbe per altra via a far considerare

---

(1) V. sopra, n. 120, pag. 430-432.

il matrimonio legittimamente contratto come se non esistesse; poichè altrettanto vale, a fronte del caso che ha impedito di avere il mezzo normale di prova, l'escluderne qualunque altro. Ora ciò non pare accettabile in nessun modo, siccome contrario a ragione ed all'intendimento manifesto del legislatore; il quale se ha ammessa la prova per documenti, scritture, o testimonianze, nei casi di dolo o colpa dell'uffiziale pubblico, nei quali pure, specialmente in quello di *colpa*, qualche cosa può veramente esservi d'imputabile alla parte, non poteva poi ragionevolmente negarla quando la parte medesima fosse posta in somigliante condizione da caso fortuito o forza maggiore. Sarebbesi potuto desiderare che l'art. 121 si esprimesse in termini più generali; ma forse il legislatore temè di aprire con cio un campo troppo largo alle eccezioni arbitrarie in una materia tanto grave ed importante. Per questo indicò i casi di *dolo o colpa* dell'uffiziale pubblico; ma non sembra doversi ritenerli enunciati se non *dimostrativamente*, per modo che quand'anche sia provato essersi omessa la iscrizione dell'atto nei registri per altre *cause non imputabili in nessun modo alla parte*, cioè per circostanze fortuite o di forza maggiore, siavi luogo ugualmente all'applicazione del detto art. 121. Ma quest'applicazione sarà in tali casi affidata al prudente criterio dei tribunali, i quali saranno certamente, e dovranno essere, molto guardinghi nell'usare di questo loro potere discrezionale.

Ritornando ora ai casi specialmente previsti nell'art. 121, abbiamo già osservato come non si richieda una *piena prova* del dolo o della colpa dell'uffiziale pubblico, ma la legge si contenti che se ne dimostri la verosimiglianza con *semplici indizi*, la cui valutazione è totalmente affidata alla prudenza dell'autorità giudicante. — Trattasi di *riconoscere preliminarmente l'ammissibilità della prova per documenti o scritture o per testimoni*, intorno al fatto della celebrazione del matrimonio. Sarebbe strano che in questa occasione si esigesse una prova perfetta dell'essere attri-

buibile a dolo o colpa dell'uffiziale pubblico la mancata iscrizione nei registri dell'atto di celebrazione del matrimonio; imperocchè ciò supporrebbe già constatato con certezza il fatto del quale si tratta di giudicare se sia ammissibile la prova, il fatto cioè che il matrimonio fosse stato realmente celebrato, e ciò non ostante si fosse ommessa la iscrizione del relativo atto nei registri dello stato civile. Vuol dunque necessità delle cose che in questo giudizio preliminare bastino *semplici presunzioni*, sebbene non tali da somministrare nel loro complesso una *prova perfetta* (art. 1354, cod. civ.), bastino cioè *semplici indizi*.

B) La seconda condizione, che cioè *si presenti l'estratto delle fatte pubblicazioni o il decreto di dispensa* (art. 121, n. 1, cod. civ.), ha essa pure per motivo la necessità di dimostrare la verosimiglianza dell'allegata celebrazione del matrimonio, per essere ammessi a provarne formalmente la realtà coi mezzi straordinari conceduti dall'art. 364, cod. civ. Non può infatti essere stata compiuta la celebrazione del matrimonio senza che siansi fatte precedere le pubblicazioni, o siasi ottenuto il decreto di dispensa. Cominci dunque la parte dal produrre l'uno o l'altro di questi documenti, e dimostrerà con ciò la verosimiglianza del fatto da esso affermato, che sia stato poi celebrato il matrimonio; ed allora, e quando concorra un conforme possesso di stato, potrà essere accolta la domanda di provare quel fatto coi mezzi straordinari permessi dall'art. 364. D'altronde non può esser molta la difficoltà di quella produzione di documenti per la parte, della quale è opera la istanza per la dispensa o la richiesta delle pubblicazioni, e che ha potuto invigilare a che l'uffiziale dello stato civile eseguisse, com'era suo dovere, le pubblicazioni richieste.

C) In fine è necessario *provare in modo non dubbio un possesso di stato conforme* (art. 121, n. 2, cod. civ.); conforme s'intende a quel matrimonio che si domanda di

essere ammesso a provare con documenti o scritture o per testimoni, conforme eziandio agli estremi presentati dalle pubblicazioni eseguite o dal decreto di dispensa.

Questo possesso di stato, che si suppone provato colla massima certezza, corrobora sempre più la verosimiglianza del fatto allegato della celebrazione del matrimonio, ed attenua quindi i pericoli della prova per iscritto o per testimoni che si domanda d'essere ammessi eccezionalmente a fare. Qualunque dubbiezza potesse rimanere intorno alla verità dell'addotto possesso di stato dovrebbe indurre l'autorità giudiziaria a rigettare la domanda di provare definitivamente la celebrazione del matrimonio col mezzo di scritture o di testimonianze.

D) Verificandosi anche il concorso di tutte le condizioni precedentemente accennate, non è lecito *a chiunque potesse avervi interesse* il giovarsi della disposizione dell'art. 121, ma solamente vi sono ammessi " *i coniugi*, per far dichia- " rare l'esistenza del matrimonio ". E trattandosi qui di una eccezione alle regole comuni, anzi di una estensione della disposizione per sè stessa eccezionale dell'art. 364, cod. civ., ed avendo il legislatore espressamente dichiarato quali sieno le persone che intende siano ammesse al benefizio di quella eccezione, par chiaro che a nessuna altra persona, per quanto interesse potesse avervi, debba esser lecito l'approfittarne (1). Una limitazione somigliante non è fatta veramente nell'articolo 364, pei casi di mancanza, distruzione o smarrimento dei registri; ma allora trattandosi di una impossibilità assoluta e pienamente dimostrata, di provare il matrimonio colle risultanze dei registri quando anche sia realmente stato celebrato, come è verosimile, si

---

(1) Cf. Borsari, *Comm.*, art. 121, §§ 322, 323.

In senso contrario, Pacifici-Mazzoni, *Istituz.* (2ª ediz.), II, 195; il quale però si limitò ad *affermare* che nel caso previsto dall'art. 121 " *tutti possono valersi di tali mezzi di prova, quindi non solo i coniugi e i loro figli, ma ancora gli altri loro parenti e i terzi che vi abbiano interesse* ". Si direbbe che il testo dell'art. 121 non conti per nulla!

giustifica così che qualunque persona interessata possa prevalersi di queste circostanze per somministrare con altri mezzi la prova dell'allegato matrimonio: mentre altrettanto non può dirsi del caso previsto dall'art. 121, in cui tutto si riduce a soli indizi, a semplici verosimiglianze; tanto l'essere attribuibile a colpa o dolo dell'ufficiale pubblico l'omessa iscrizione dell'atto nei registri, quanto l'argomento che si trae dalle pubblicazioni eseguite od omesse in virtù di dispensa, quanto infine la deduzione stessa che si fa dal possesso di uno stato conforme. Epperò non è maraviglia che in questo caso i soli coniugi, siccome direttamente e più gravemente interessati, siano ammessi a provare con documenti o scritture o testimonianze la esistenza del loro matrimonio.

Per quanto infine concerne gli speciali mezzi di prova ammissibili eccezionalmente nei casi contemplati dell'articolo 121, questo articolo li accenna chiaramente dicendo che " i coniugi potranno far dichiarare l'esistenza del ma-" trimonio *secondo le regole stabilite nei casi di mancanza* " *degli atti dello stato civile* ". Con ciò si riferisce chiaramente a quanto è disposto nell'articolo 364; epperò non abbiam qui bisogno d'altro che di richiamare le massime brevemente dimostrate sopra intorno alla disposizione di detto articolo (1).

Aggiungeremo soltanto che per far luogo all'ammissione di tali mezzi di prova non può ritenersi necessario il procedimento preliminare della *querela di falso*, contro l'operato di omissione dell'ufficiale di stato civile; sia perchè ciò non è richiesto in modo alcuno dall'articolo 121; sia perchè l'art. 363, accorda piena fede agli atti dello stato civile, salvo la proponibilità della querela di falso, soltanto per ciò che " l'uffiziale pubblico *attesta avvenuto* in sua " presenza " (2).

---

(1) V. sopra, n. 127, pag. 459.
(2) Cf. BORSARI, *Comm.*, art. 122, § 324.

129. *c*) La terza delle eccezioni alla regola dell'articolo 117 è stabilita dall'art. 122 nella forma seguente:

" Se la prova della legale celebrazione del matrimonio
" è fondata sul risultato d'un processo penale, l'iscri-
" zione della sentenza nel registro dello stato civile
" assicura al matrimonio, dal giorno della sua celebra-
" zione, tutti gli effetti civili riguardo tanto ai coniugi
" quanto ai figli ".

Il caso qui supposto è quello in cui l'*atto dello stato civile, che dovrebbe naturalmente servire a prova del matrimonio, sia stato messo, con un reato, in condizione di non poter servire all'uopo di quella prova per le parti interessate* (1). Questo aspetto che presenta la riferita disposizione, e la generalità delle sue espressioni, potrebbero far pensare che qualunque sentenza penale pronunziata per reati relativi agli atti di matrimonio, dovesse rendere applicabile la disposizione predetta. Pure questa idea sarebbe erronea per soverchia estensione. Non basta che la sentenza penale constati un reato concernente un atto di matrimonio, perchè possa esser presa come prova legale della celebrazione di esso; è necessario che nel tempo medesimo *stabilisca il fatto di quella celebrazione*. Ciò è anche accennato abbastanza chiaramente nel testo dell'art. 122, laddove pone come condizione fondamentale che sul risultato del processo penale *sia fondata la prova della legale celebrazione del matrimonio*. La legge dunque non dice che ogni sentenza penale per reati di quella natura costituisca la prova della celebrazione; all'incontro *suppone*, in linea di fatto, che dalla sentenza penale emerga veramente la prova del matrimonio celebrato; se questa condizione si verifichi, la sentenza stessa ordinerà che sui registri dello stato civile si ristabilisca l'atto di matrimonio; e la trascrizione di tale sentenza sui registri formerà allora prova legale di quella celebrazione. Ma può pure avvenire che sia provato il

---

(1) Marcadé, t. I, art. 198, n. 681.

reato, e la sentenza pronunci l'applicazione della pena stabilita dalla legge, e tuttavia non si abbiano constatati gli elementi costitutivi di una *legale celebrazione di matrimonio;* epperò non possa quella sentenza considerarsene come prova legale. A rendere più chiare le idee intorno a questo punto, è opportuno prendere in considerazione le diverse categorie in cui possono distinguersi i reati commessi contro la veridicità degli atti dello stato civile. Essi possono consistere: o nel *sottrarre* o *sopprimere* l'atto depositato nel pubblico uffizio (art. 202, cod. pen. Ital.): o nel *formare* un atto integralmente falso (art. 275, codice penale): o nell'*alterare* successivamente un atto vero (stesso articolo): o nel fatto di *attestare* come veri, compilando un atto pubblico, fatti o dichiarazioni non conformi a verità (art. 276, cod. pen.): o nel fatto di *omettere* invece o d'*alterare* le dichiarazioni ricevute dall'ufficiale (stesso articolo). — Ora, se dalle risultanze della sentenza penale deve emergere (come vuole l'art. 122, codice civile) la prova della effettiva celebrazione del matrimonio, gli è chiaro innanzi tutto che tra queste varie specie di reati non potranno rendere applicabile lo stesso articolo 122 quelli che consistano nella supposizione ossia *simulazione* pura e semplice di un atto in realtà non avvenuto; potranno far luogo ad applicare il predetto articolo soltanto quei reati che abbiano implicato, in un modo o nell'altro, la *dissimulazione* del matrimonio realmente celebrato.

Segue da ciò che per alcuni di quei reati l'applicazione dell'art. 122, cod. civ., resterà costantemente esclusa; per altri, tale applicazione potrà o non potrà aver luogo, secondo le circostanze; per altri infine, l'applicabilità dell'art. 122 avverrà immancabilmente.

Così nei casi di *fabbricazione* (creazione) di un atto di matrimonio onninamente falso, mancherà necessariamente la base stessa su cui si fonda questo disposto di legge; poichè, dimostrata colla sentenza penale la inesistenza dell'atto che appariva sui registri, ne risulterà soltanto

che nessuna celebrazione di matrimonio ha avuto luogo.

Nei casi di *soppressione* o *sottrazione* dell'atto, la constatazione di questo reato non implicherà sempre, ma potrà pure implicare talvolta la prova che l'atto soppresso o sottratto contenesse tutti gli estremi di una *legale* celebrazione del matrimonio, quale è richiesta dall'art. 122 (1).

Ancora, nei casi di semplice *omissione*, nell'atto di matrimonio, delle dichiarazioni personali delle parti, ossia delle enunciazioni prescritte dall'art. 383, cod. civ., il procedimento penale iniziato contro l'ufficiale celebrante, constatando quel fatto, potrà talvolta contenere la prova della vera individualità delle parti, e allora l'art. 122 sarebbe completamente applicabile; ma potrà pur darsi che dalle risultanze del procedimento non consti in modo alcuno a quali persone sia riferibile quell'atto, e in tale ipotesi non potrà più dirsi che dalla sentenza penale risulti *la prova* della legale celebrazione del matrimonio.

Infine, nei casi di falsità commessa per *alterazione* (sia concomitante, sia successiva all'atto), coll'effetto che le indicazioni dell'atto paressero riguardare a persone diverse da quelle che realmente vi furono parti, la sentenza penale. stabilendo questo fatto, stabilirà necessariamente la prova della vera identità delle parti e con essa la prova della legale celebrazione del matrimonio, a termini dell'art. 122.

Ma che cosa avverrebbe quando l'uffiziale dello stato civile fosse condannato per avere omessa totalmente dopo la celebrazione del matrimonio, *la compilazione* dell'atto relativo? Non pare dubbio che risultando da tale sentenza la *prova della legale celebrazione del matrimonio*, sarebbe quindi applicabile perfettamente l'art. 122 (2). Nè sembra

---

(1) Crediamo si debba rettificare così la osservazione del Laurent, III, 16, il quale pensa che “ Dans ce cas, le jugement qui prononce la peine, “ atteste en même temps la célébration du mariage „.

Idea riprodotta anche dal Pacifici-Mazzoni, *Istituz.* (2ª ediz.), II, 196; e dal Ricci, *Dir. civ.*, I, 135.

(2) In senso contrario, Demolombe, III, 409; Aubry e Rau, § 452 bis in fine. Questi autori argomentano da ciò che una simile omissione non

potersi obbiettare con fondamento che, questa ipotesi essendo compresa nella disposizione dell'art. 121, non si possa quindi sottoporla a quella del successivo 122 (1). L'art. 121 contempla infatti il caso in cui si abbiano *semplici indizi che per dolo o per colpa del pubblico uffiziale l'atto di matrimonio non sia stato iscritto sui registri a ciò destinati*. Allora quindi la celebrazione del matrimonio ha bisogno di esser provata, e solo si ammettono mezzi eccezionali di prova, purchè però concorrano speciali condizioni, delle quali già abbiam tenuto discorso. Qui invece non si hanno *soli indizi* ma *prove formali* constatate nel giudizio penale, da cui risulta la legale celebrazione del matrimonio e l'omissione della iscrizione dell'atto corrispondente nei registri. Avremo dunque da ciò stesso la prova legale di quella celebrazione, senza bisogno di ricorrere agli altri mezzi eccezionali, additati dall'art. 121 pel caso che dell'omissione dolosa o colposa dell'uffiziale pubblico si abbiano meri indizi.

Identiche massime sarebbero da applicare eziandio al caso che l'atto di matrimonio fosse stato compilato dall'uffiziale dello stato civile sopra un *foglio volante*, senza iscriverlo nei registri; chè tanto vale omettere questa iscrizione ritenuta dalla legge, come vedemmo, essenziale, quanto l'omettere completamente qualunque compilazione dell'atto di matrimonio.

Può essere disputabile se sia necessario, per l'applicazione dell'art. 122, che la persona la quale abbia ad approfittarne siasi costituita *parte civile* nel giudizio penale da cui risulta la prova della legale celebrazione del matri-

---

costituendo un'infrazione prevista dalla legge penale, e non potendo quindi dar moto ad un procedimento penale, non può pertanto rendere applicabile l'art. 198 (112, cod. Ital.). Tale obbiezione non ha valore per noi, giacchè se la omessa compilazione dell'atto di matrimonio non è contemplata dagli articoli 275 e seguenti cod. pen. vigente (cf. art. 520, cod. pen. Sardo), può tuttavia provocare un procedimento penale, in forza degli articoli 126 e 129, cod. civile.

(1) Come sembra ritenere il Ricci, *Dir. civ.*, I, 134.

monio. Sovra identico quesito furono divise le opinioni degli autori Francesi (1). Per l'affermativa può dirsi che, se l'interessato ad avere la prova della celebrazione del matrimonio non siasi costituito parte civile, non si verificheranno gli estremi della *cosa giudicata* (art. 1351, cod. civ.), mancandovi non tanto *l'identità dell'oggetto*, quanto, e più specialmente, *l'identità delle persone* fra le quali verte la contestazione; essendo che il ministero pubblico, dal quale è promossa l'azione penale, rappresenta bensì tutta la società *quanto all'esercizio di quell'azione pubblica*, ma non può considerarsi punto come rappresentante i privati pel tale o tal altro loro interesse particolare nell'ordine civile; e può aggiungersi ancora essere assurdo che potessero venir dichiarate unite in matrimonio due persone in seguito ad una procedura alla quale esse fossero rimaste completamente estranee.

Tuttavia sembra preferibile l'opinione contraria. Non è esatta innanzi tutto l'obbiezione tratta dalle teorie sulla cosa giudicata; imperocchè la sentenza pronunciata in materia penale non è già addotta qui per far valere gli effetti proprii della condanna che vi è contenuta, ma unicamente *come mezzo di prova surrogato all'atto di celebrazione del matrimonio ed equivalente a questo.* Una simile riflessione risponde parimente all'altro obbietto sopra riferito; giacchè, se sarebbe inammissibile veramente che in un giudizio il quale avesse direttamente per oggetto la dichiarazione dello stato di certe persone si pronunciasse intorno a ciò senza che le persone immediatamente interessate prendessero veruna parte in quel giudizio, non così è assurdo che il risultato d'un processo penale, il cui oggetto si attiene a cosa di eminente ordine pubblico qual è lo stato civile delle persone, tragga seco come necessaria conseguenza il ristabilimento d'un atto dello stato civile

(1) V. per l'affermativa Demolombe, t. III, n. 419; Laurent, III, 19; contro, Valette sur Proudhon, t. II, pag. 106-111; Marcadé, art. 198, § 3, t. I, n. 683.

in quel modo in cui era od avrebbe dovuto essere, e che era stato alterato col reato constatato in quel processo. Sostituito così il risultato della sentenza penale all'atto di celebrazione del matrimonio a cui viene ad equivalere, non può farsi meraviglia ch'esso possa essere addotto anche da coloro che in quel giudizio non presero personalmente parte.

E ciò, del resto, è anche conforme alle norme della legislazione nostra, circa gli effetti civili delle condanne penali; giacchè, mentre le sentenze *assolutorie* in sede penale precludono, in certi casi, l'esercizio dei diritti civili dipendenti dal fatto che fu oggetto del giudizio (art. 6, cod. proc. pen.), le sentenze penali *di condanna* invece valgono come titolo per le ragioni civili degli interessati, indipendentemente dall'essersi questi costituiti parte civile. — Così l'art. 569 del Codice di proced. pen. dispone che: " Colle stesse sentenze si condanneranno, se vi ha luogo, " gli imputati od accusati e le persone civilmente respon- " sabili al risarcimento dei danni verso la parte civile, " *e verso qualunque altro danneggiato, ancorchè non si fosse* " *costituito parte civile* ". — E l'articolo successivo 573 stabilisce analogamente che: " Allorquando le persone " offese o danneggiate *non saranno intervenute come parti* " *civili* nel procedimento, esse s'indirizzeranno al tribunale " civile competente, *per far liquidare* i danni ed interessi ". — Ora se la legge riconosce così efficacia alle sentenze penali per gli effetti civili che riguardano un interesse meramente privato e personale, quale è quello del risarcimento dei danni, rispetto anche a coloro che non siansi costituiti parte civile, a maggior ragione deve riconoscersi un simile effetto, quanto al poter desumere dalla sentenza penale la prova della celebrazione di un matrimonio.

129*bis*. Quando dal risultato d'un processo penale emerga la prova della legale celebrazione d'un matrimonio, l'art. 122 del Codice civile prescrive che la sentenza debba essere *iscritta nel registro dello stato civile;* il che si effettua

colla *trascrizione* che si fa della sentenza stessa (come di quella che dichiari esistente il matrimonio nel caso dell'art. 121) mediante *inserzione nel volume degli allegati*, constatata con processo verbale sopra amendue gli originali del registro di matrimonio (art. 26 e 95, n. 5, del Regolamento 15 novembre 1865, n. 2602).

È chiaro però che non può essere solo dal giorno di questa iscrizione che debbano prender vita gli effetti civili del matrimonio; sibbene dal giorno in cui sia constatato, per le risultanze della sentenza, essersi legalmente celebrato il matrimonio medesimo. Ciò infatti e espresso nel predetto art. 122.

Questo articolo dice poi che la iscrizione della sentenza nel registro dello stato civile *assicura al matrimonio tutti gli effetti civili riguardo tanto ai coniugi quanto ai figli*. La qual formula fu ricopiata dall'art. 198 del codice Francese, senza curarsi delle censure di cui era stata giustamente fatta segno dalla dottrina. È inesatto invero il dire che la sentenza penale, e la sua trascrizione nei registri, *assicuri al matrimonio gli effetti civili*. Questi effetti dipendono dalla *esistenza giuridica e dalla validità legale* del matrimonio; e l'una e l'altra sono cose ben diverse dal *mezzo di prova della celebrazione*, che solo è somministrato nel caso nostro dalla sentenza penale. Questa può esser presa, nel suo risultato, come prova legale della celebrazione del matrimonio, in sostituzione dell'atto che era stato materia del reato; ma non potrebbe avere maggiore efficacia che l'atto stesso di celebrazione di cui viene a tener luogo. Ora come, non ostante quell'atto, il matrimonio potrebb'essere tuttavia impugnato come giuridicamente inesistente o legalmente nullo, così la sentenza penale che tien luogo dell'atto predetto, non potrebbe certo precludere la via a contestare la validità del matrimonio con tutti i mezzi permessi dalla legge (1).

---

(1) Cf. Demolombe, III, 418; Laurent, III, 19.

130. *d*) La quarta ed ultima eccezione, alla regola risultante dalle disposizioni degli articoli 117 e 118 del codice civile, è espressa nell'art. 120 come segue:

" Non ostante la disposizione degli articoli 117 e 118,
" se esistono figli di due persone che abbiano pubblica-
" mente vissuto come marito e moglie e siano morte am-
" bedue, la legittimità dei figli non potrà essere impugnata
" pel solo motivo che manchi la prova della celebrazione
" del matrimonio, qualora la stessa legittimità sia provata
" da un possesso di stato che non si trovi in opposizione
" coll'atto di nascita „.

La prima e la terza delle eccezioni di cui parlammo nei tre numeri precedenti (contro la regola generale risultante dagli art. 117 e 118, codice civile), possono essere invocate dagli sposi, dai figli e da qualunque persona interessata a stabilire il fatto della celebrazione del matrimonio. Quest'ultima eccezione invece è introdotta *in solo favore de' figli e per la constatazione della loro legittimità.* La legittimità per sè stessa meritava il massimo favore dalla legge. D'altronde potrebbe non di rado accadere che, non ostante il matrimonio veramente contratto fra i genitori, i figli non potessero somministrarne la prova col mezzo ordinario, perchè si trovassero nella materiale impossibilità di assumere le notizie necessarie intorno al tempo ed al luogo della celebrazione del matrimonio dei loro genitori, per procurarsi l'estratto dell'atto corrispondente. E quando ciò sia verosimile, e d'altra parte l'allegazione della legittimità sia confortata da un possesso di stato conforme, che non è punto opera dei figli stessi, non è un eccesso di favore quello che la legge accorda loro stabilendo una presunzione di tale legittimità. — Tali sembrano i motivi giustificanti la disposizione del riferito art. 120. E da essi è dimostrato eziandio il fondamento delle condizioni il cui concorso è necessario, a termini dell'articolo stesso, per la sua applicabilità; le quali condizioni sono le seguenti:

1° che i figli siano nella impossibilità di procurarsi le necessarie notizie intorno al tempo ed al luogo in cui sia avvenuta la celebrazione del matrimonio dei loro genitori;

2° che sia constatato il *possesso di stato* tanto da parte dei genitori, *che abbiano pubblicamente vissuto come marito e moglie*, quanto da parte de' figli, i quali sieno sempre stati chiamati, trattati e riconosciuti nella famiglia e nella società come figli legittimi di quelle persone;

3° che con questo possesso di stato non si trovi in opposizione l'atto di nascita dei figli stessi.

Diciamo ora brevemente di ciascuna di queste condizioni.

1) La prima di esse è formulata nell'art. 120 in termini più limitati di quelli che noi adoperammo; imperocchè il detto articolo suppone che i genitori *siano morti ambedue* allorchè il figlio invoca il proprio stato di legittimità. — Nè mancarono autori i quali, fondandosi sul carattere eccezionale della disposizione, e sulla massima che alle eccezioni debba sempre applicarsi la più stretta interpretazione, ritennero non potersi supplire con nessun altro mezzo (fosse pure l'assenza o lo stato d'infermità mentale dei genitori) alla condizione espressamente richiesta dalla legge che *amendue i genitori siano premorti* (1).

Ma la dottrina e la giurisprudenza furono generalmente contrarie al rigore estremo di questa teoria; ed ammisero che alla morte dei genitori debbasi parificare la loro assenza o la infermità di mente, imperocchè queste ugualmente che quella sono cause le quali tolgono ai figli la possibilità di ottenere dai genitori le indicazioni necessarie per poter trovare e produrre l'atto di celebrazione del loro matrimonio. I figli possono ignorare il luogo (forse un paese straniero) nel quale i loro genitori si unirono in matrimonio. Essi forse hanno trascurato d'informarsene, o forse anche, per ragione di loro età, non l'hanno potuto. Coloro

(1) Merlin, *Rép.* v° *Légitimité*, sect. I, § 2; Aubry e Rau, § 452bis, n° 17; Borsari, art. 120, § 319.

che, fuori dei genitori, potrebbero somministrare le occorrenti notizie non saranno generalmente che dei parenti interessati a contestare quella stessa legittimità che si tratterebbe di provare. Questo stato di cose non varia punto, o la impossibilità di avere quelle notizie dai genitori dipenda dall'avvenuta premorienza di essi, o dall'assenza loro o dallo stato di mente. La legge parla bensì unicamente della premorienza dei genitori, ma lo fa *dimostrativamente*, prevedendo, come si suole, la sola ipotesi più comune a verificarsi; e ciò non può nuocere all'applicabilità della stessa disposizione ai casi, perfettamente identici quanto al motivo della legge, nei quali la impossibilità di ottenere dai genitori le indicazioni occorrenti per trovare l'atto di celebrazione del loro matrimonio dipenda dall'assenza o dalla infermità mentale (1). S'intende però che cessando l'assenza o il vizio di mente del genitore, riprenderebbero immediatamente vigore le regole ordinarie, epperò il figlio, al quale venisse allora contestata la sua legittimità, sarebbe tenuto a provare il matrimonio dei propri genitori a tenore dell'art. 117, cod. civile (2). E vi sarebbe tenuto allora non ostante che il genitore stesso lo avesse riconosciuto per proprio figlio legittimo; poichè non può dipendere da un solo atto di volontà del padre e della madre il creare uno stato di legittimità a favore dei loro figli.

---

(1) Toullier, t. II, n. 877; Duranton, t. II, n. 255; Vazeille, t. I, numero 214; Valette, t. II, pag. 75; Marcadé, art. 197, § 2, t. I, n. 677; Demolombe, t. III, 396; Laurent, III, 10; Pacifici-Mazzoni, *Istituz.* (2ª ediz.), II, 193.

(2) Ciò basta per rispondere all'altra obbiezione che sia “ *inammissibile* “ *l'idea di riconoscere lo stato dei figli a titolo provvisorio soltanto* ”, lasciando cioè in sospeso la possibilità di combattere quello stato, qualora venga a cessare l'assenza o il vizio di mente del genitore. Non vi è nulla di anormale in ciò che la posizione dei figli, emergente dal possesso di stato, rimanga inattaccabile finchè perduri quella impossibilità per essi di documentare il proprio stato, sulla quale è basata la disposizione di favore dell'art. 120. E del resto qualchecosa di simile accade anche nel caso di morte dei genitori; nel qual caso, se non si può impugnare senz'altro lo stato dei figli, per la mancanza dell'atto di celebrazione del matrimonio, si potrà pure impugnarlo con prove contrarie e positive scoperte in seguito, come ora vedremo.

Affinchè abbia applicazione l'art. 120, è necessario, secondo le massime sovra esposte che, se non la morte di amendue i genitori, siasi almeno verificata un'altra causa, come l'assenza o l'alienazione mentale, che abbia reso materialmente ed assolutamente impossibile ai figli l'ottenere dai genitori medesimi le indicazioni per poter trovare e produrre l'atto di celebrazione del matrimonio di questi ultimi. A questa condizione non corrisponderebbe pertanto il caso in cui, uno dei genitori essendo premorto, l'altro si trovasse appunto in contestazione col figlio circa l'esistenza del matrimonio da cui questi sarebbe nato. L'interesse che in questa ipotesi può avere il genitore a tenere occulto al figlio il luogo ed il tempo in cui fu celebrato il matrimonio, non può equivalere alla impossibilità fisica ed assoluta di ottenere quelle notizie dal genitore stesso. La legge anzi non poteva ammettere la presunzione che un genitore posponesse così gl'interessi morali più eminenti, i sentimenti più sacri all'interesse pecuniario; e di fronte alla negazione del genitore stesso, che venga così a confessare la propria colpa, non poteva sostenere la presunzione di legittimità del figlio fondata sovra un possesso di stato che può essere fallace (1).

2) Poco ci resta a dire sulla seconda condizione, che cioè *sia provato un possesso di stato*, il quale supponga la celebrazione del matrimonio. Solo importa d'insistere sovra un punto già accennato, e risultante del resto molto chiaramente dal testo stesso dell'art. 120; che cioè il possesso di stato deve verificarsi tanto rispetto ai genitori, per ciò che riguarda la loro qualità rispettiva di *coniugi*, quanto rispetto ai figli per ciò che concerne la loro qualità di *legittimi*.

Il possesso di stato, in genere, risulta dalla notorietà prodotta da un complesso di fatti i quali concorrano tutti

(1) Marcadé, art. 197, § 2, t. I, n. 677; Demolombe, t. III, n. 397; Laurent, III, 9; contr. Duranton, t. II, n. 254.

a provare la qualità di cui una persona sia considerata come rivestita nella famiglia e nella società. Gli elementi costitutivi del possesso di stato soglionsi riassumere, come altre volte osservammo, in questi tre = *nomen*, *tractatus*, *fama* = nell'avere cioè la moglie assunto il cognome del marito, e nell'avere il figlio portato il cognome del padre: nell'essere stato trattato come coniuge o come figlio nella casa e nella famiglia, esercitando i diritti ed adempiendo i doveri proprii di quello stato, infine nell'essere stato considerato come coniuge o come figlio generalmente da tutti, sì nella famiglia che nella società.

In mancanza di qualunque diversa e limitativa disposizione della legge, gli elementi costitutivi del possesso di stato possono provarsi con qualunque dei mezzi ordinariamente permessi.

3) Quanto infine all'ultima delle accennate tre condizioni, basterà osservare come l'art. 120 esiga soltanto che *il possesso di stato non sia contraddetto dall'atto di nascita del figlio*. Non è dunque necessaria la prova positiva della conformità del possesso di stato coll'atto di nascita; basta solo che non risulti al contrario una opposizione tra l'uno e l'altro. Il figlio che, nelle circostanze contemplate dall'art. 120, abbia provato cumulativamente il duplice possesso di stato, cioè quello dello stato coniugale da parte de' genitori e quello di legittimità dal canto proprio, non è pertanto tenuto assolutamente a produrre il proprio atto di nascita per dimostrarlo conforme a quel possesso, ma può bastare che giustifichi la verosimiglianza del non essere stato inscritto il suo atto di nascita nel luogo in cui risiedevano a quel tempo i suoi genitori, o d'ignorare il luogo in cui la sua nascita sia avvenuta (1). Quand'anche poi l'atto di nascita sia prodotto, non è punto necessario ch'esso qualifichi il figlio come legittimo, ma basta solo

(1) Aubry e Rau, § 452 bis, nª 20; Demolombe, t. III, n. 401; Laurent, III, 13; Pacifici-Mazzoni, loc. cit.; Borsari, art. 120, § 320.

che non rechi una qualificazione contraria, come se lo dichiarasse figlio naturale.

4) La riunione delle condizioni surriferite costituisce una *presunzione legale* della legittimità del figlio. Vi ha una presunzione in questo senso, che la legittimità dei figli (oggetto principale della disposizione dell'art. 120) richiede e suppone necessariamente lo stato coniugale dei genitori; e che mancando la prova formale e diretta della celebrazione del matrimonio, questa si argomenta *per induzione* (cf. art. 1349, cod. civ.) dal fatto del possesso di stato; mentre questo fatto, sia pure confortato dalle altre circostanze richieste dall'art. 120, non può rendere che probabile o verosimile la effettiva esistenza del matrimonio (1). Questa presunzione però non è *assoluta*. Lo prova abbastanza l'esser detto nell'art. 120, non già in modo assoluto che nelle circostanze da esso contemplate la legittimità dei figli *non possa essere impugnata*, ma che " non potrà essere impugnata *pel solo motivo che manchi la prova della celebrazione del matrimonio* ". Quella legittimità potrà dunque essere contestata per tutt'altra ragione; per esempio perchè si provasse in modo non dubbio che il matrimonio, che sarebbe presunto dalla legge, non fosse stato realmente celebrato; o che, non ostante l'atto di celebrazione, quel matrimonio dovesse considerarsi come inesistente giuridicamente, o che fosse infetto di nullità per un impedimento dirimente.

Ma non basterebbe, per distruggere la presunzione legale di celebrazione del matrimonio, il produrre un atto di matrimonio, che fosse nullo per vizio di forma, o che dovesse anche considerarsi come inesistente agli occhi della legge; per esempio un atto ricevuto da un uffiziale pubblico che non fosse quello dello stato civile, o da un ministro di religione. Infatti, non ostante questo documento, la presun-

(1) Ciò basta, ci sembra, a dissipare il dubbio sollevato dal Laurent (III, 14) contro l'idea che si tratti qui di una presunzione.

zione legale di celebrazione del matrimonio potrebbe stare ugualmente, essendo probabile che all'atto irregolare ne fosse succeduto un altro legittimo col quale il matrimonio fosse stato realmente celebrato.

Del resto *la prova contraria* alla presunzione legale stabilita dall'art. 120 potrebbe somministrarsi con qualunque dei mezzi ordinariamente permessi, non essendo fatta dalla legge nessuna particolare limitazione in proposito. E poichè anche le presunzioni di fatto, se gravi, precise e concordanti, sono annoverate tra i mezzi generali di prova (articolo 1354, cod. civ.), sembra che i terzi interessati potrebbero prevalersi anche di queste, per combattere la presunzione legale di legittimità che l'art. 120 desume a favore dei figli dal possesso di stato. L'essere quest'ultima una presunzione stabilita *dalla legge*, mentre però la legge stessa nè esclude, nè limita i mezzi di prova in contrario, non autorizza certamente a ritenere che tale presunzione possa essere combattuta soltanto con prove *dirette*, come sostennero tuttavia eminenti scrittori (1). Con tale massima si verrebbe realmente ad attribuire a questa disposizione di legge una portata che essa non ha, sia secondo il testo, sia secondo i motivi a cui è inspirata; e " a forza di " favorire la legittimità si riuscirebbe a favorire il con- " cubinaggio „ (2).

---

(1) Merlin, *Rép.* v° *Légitimité*, sect. I, § 2, n. 9; Demolombe, III, 405.
(2) Laurent, III, 15; v. anche Pacifici-Mazzoni, *Istituz.* (2ª edizione), II, 194.

CAPO IV.

Sanzione delle condizioni prescritte pel matrimonio e conseguenze della loro mancanza (1).

Sezione I.

Delle opposizioni.

Sommario. — 131. Motivi e principii generali di questo istituto. — 132. *a*) A chi e per quali cause sia attribuito il diritto di opposizione. — Persone che possono fare opposizione per qualunque causa. — 132 bis. Continuazione. — 133. Persone che possono opporsi solo per cause determinate. — 134. *b*) Tempo e forme dell'atto di opposizione. — 135. A quali persone e come debba l'atto essere notificato. — 136. *c*) Effetti dell'opposizione. — 137. *d*) Mezzi e forme di procedimento per rimuovere l'opposizione. — 137 bis. Questioni circa gli effetti del ricorso per cassazione. — 138. Effetti della sentenza che ammetta o respinga la opposizione. — 139. Sanzioni speciali delle norme riguardanti le opposizioni al matrimonio.

131. " È debito della legge il porre ogni cura ad " impedire che il matrimonio venga contratto ad onta dei " suoi divieti. A questo fine sono prescritte le pubblica- " zioni o denuncie che lo debbono precedere. Al medesimo " fine si vede introdotto, quale corollario delle pubblicazioni, " il mezzo dell'*opposizione* permesso alle parti interessate " ed imposto al Ministero pubblico, legale rappresentante " della intiera società ".

In queste parole della Relazione Vigliani al Senato sono riassunti i motivi fondamentali che determinarono anche nel nostro codice l'ammissione del sistema delle opposizioni al matrimonio.

E veramente senza di ciò non sarebbesi ottenuta suffi-

---

(1) Sulle ragioni di metodo da cui dipende la trattazione di questo argomento, v. sopra n. 36, pag. 124.

ciente sicurezza che i matrimoni da contrarre non andassero incontro alla possibilità di un successivo annullamento, per ostacolo di qualche proibizione legale. Ad ovviare questo pericolo tendono le formalità preliminari, di cui più sopra fu tenuto discorso. Ma da esse soltanto non poteva ritenersi bastantemente garantita la osservanza dei precetti della legge circa i requisiti del matrimonio. Con false ed erronee dichiarazioni, colla presentazione di documenti parimente falsi od erronei, potrebb'essere indotto in inganno l'ufficiale dello stato civile. I testimoni potrebbero ignorare o dissimulare le condizioni vere delle parti, e gl'impedimenti che da tali condizioni loro nascessero. Le pubblicazioni poi non raggiungerebbero il loro fine, qualora non aprissero la via alle persone, a cui fosse nota l'esistenza di qualche impedimento al matrimonio, per impedirne la celebrazione. Perciò fu detto giustamente, nel brano sovra citato della relazione della Commissione Senatoria, che le opposizioni furono considerate come *corollari delle pubblicazioni.*

Così questo mezzo dell'opposizione è destinato a prevenire i gravi danni che deriverebbero alle famiglie e alla società tutta dall'annullazione di matrimoni che si contraessero non ostante l'esistenza d'*impedimenti dirimenti;* e costituisce poi una delle principali sanzioni colle quali la legge può e vuole assicurare l'adempimento delle proprie disposizioni in ordine agl'*impedimenti impedienti* (1). — Due criteri fondamentali furono però presi a guida dalla legislazione nostra, in questa delicata materia: 1° che la facoltà della opposizione è concessa solo *a persone determinate* dalla legge stessa (2); 2° che queste persone possono esercitare la opposizione solo *per causa di impedimenti legali* al matrimonio.

---

(1) V. sopra, n. 91, pag. 348.

(2) Come meglio vedremo in seguito, il concetto del diritto anteriore (ricordato dal Portalis; cf. Locré, t. II, pag. 388), secondo cui le opposizioni al matrimonio erano assistite da una *azione popolare*, non fu accolto dal codice Francese nè dal nostro; v. appresso, pag. 491-492.

Nella legislazione nostra adunque l'unico scopo che si è prefisso alle opposizioni è appunto questo, d'impedire la celebrazione di matrimoni *ai quali osti qualche impedimento determinato dalla legge*, come fu dichiarato esplicitamente nella relazione surricordata. Il che apparisce poi con tutta l'evidenza dal testo legislativo; poichè l'art. 82 del codice civile, parlando dell'opposizione che si può fare dai genitori od ascendenti al matrimonio dei loro figli o discendenti, dichiara di concederne la facoltà *per ogni causa ammessa dalla legge che osti alla celebrazione del matrimonio medesimo.*

Era più lata la disposizione del corrispondente art. 173 del codice Francese, che accordava ai genitori o ascendenti la facoltà di *formare opposizione al matrimonio dei loro figli e discendenti*, senza aggiungere parola che determinasse le cause per la quale una tale opposizione fosse ammissibile; e coerentemente l'art. 176, mentre per regola poneva fra le enunciazioni che a pena di nullità dovevano essere contenute nell'atto di opposizione, quella dei *motivi sui quali essa si fondasse*, eccettuava da questa prescrizione le *opposizioni che fossero fatte dagli ascendenti.* Ond'era massima ricevuta senza contestazione dalla dottrina e dalla giurisprudenza Francese, che i genitori od altri ascendenti d'uno degli sposi potessero opporsi al matrimonio per qualunque causa, ancorchè non costituente un impedimento legale. Le opinioni però si dividevano quando trattavasi di determinare quale avesse ad essere il risultato ultimo di una opposizione fatta dagli ascendenti, la quale non si fondasse sopra una causa legale d'impedimento al matrimonio. Volevano alcuni che il tribunale dovesse sempre ammettere una tale opposizione purchè non apparisse dettata da puro capriccio; altri che fosse affidato al potere discrezionale dei giudicanti il valutare la gravità delle cause alle quali l'opposizione si appoggiasse, e secondo le circostanze mantenerla o respingerla. Altri infine, ed era questa la massima confortata da migliori autorità, riputavano che l'opposizione potendo farsi dagli ascendenti anche senza una

causa legale d'impedimento al matrimonio, e producendo quindi frattanto l'effetto di sospenderne la celebrazione, e forse potendo indurre così gli sposi ad abbandonare il progetto della loro unione, piuttosto che affrontare un giudizio contro il genitore o l'ascendente per far rimuovere l'opposizione medesima; non potesse però essa mantenersi, allorchè si ricorresse a questo estremo rimedio d'invocare giustizia dai tribunali, se non quando vi fosse realmente un impedimento legale al matrimonio.

Anche nella compilazione del codice Italiano non mancò chi opinasse per la opportunità di non restringere la facoltà di opposizione, almeno quanto ai genitori od ascendenti degli sposi, ai soli casi di esistenza di qualche impedimento legale.

Il ministro Guardasigilli, nella relazione colla quale presentò al Senato il progetto del primo libro del codice civile, avvertì come " taluni desideravano che ai genitori si fosse " data facoltà di opporsi al matrimonio *per difetto di mezzi* " *pecuniari*. Ma parve opportuno escludere questo potere, " che spesso avrebbe potuto essere abusato, e sempre sa- " rebbe stato di un'applicazione incerta e pericolosa „ (1).

Una proposta simile, ma anche più estesa, fu poi presentata da uno dei componenti la Commissione ordinatrice, il quale avrebbe voluto che " si accordasse ai genitori il " diritto di opporsi al matrimonio dei figli anche per altre " cause oltre quelle stabilite dalla legge, cioè *quando il loro* " *matrimonio possa recare gravissimo danno morale o mate-* " *riale alla famiglia* „.

Ma la proposta fu anche qui respinta, " non tanto perchè " sarebbe questa una delle modificazioni radicali che la " Commissione crede di non poter fare al progetto, quanto " perchè in se stessa sarebbe evidentemente inammissibile, " come quella che *limiterebbe troppo la libertà dei matrimoni,* " *e sarebbe occasione di continui e frequenti litigi, tra padre*

---

(1) V. relazione Pisanelli, § 21.

“ *e figli, e di disgustosi dissidi tra loro,* e contraddirebbe a
“ tutto il sistema liberale del codice, secondo il quale *i ma-*
“ *trimoni non possono essere impediti, salvo per quelle sole*
“ *cause che dal codice stesso sono formalmente previste e tas-*
“ *sativamente ammesse* „.

Ed anzi per rimuovere più chiaramente ed assolutamente qualunque idea in contrario, s'introdussero nell'espressione usata prima nell'art. 91 del progetto, che diceva potersi dai genitori od ascendenti *fare opposizione al matrimonio dei loro figli o discendenti per ogni causa che osti alla celebrazione del medesimo,* quelle parole che ora leggonsi nell'art. 82 del codice civile, cioè per ogni causa *ammessa dalla legge* che osti alla celebrazione... — Col che è allontanato perfino il dubbio che si potesse mai, da chiunque si fosse, fare opposizione per cause le quali, per quanto gravi, non costituissero però a termini di legge veri *impedimenti al matrimonio* (1).

Ciò ritenuto, è però altrettanto manifesto, sia per la generalità del testo dell'art. 82 del codice civile, sia ancora pei motivi sopra riferiti (i quali dimostrano essere l'opposizione considerata dalla legge come un mezzo d'impedire che si celebri un matrimonio annullabile, ed eziandio come un mezzo di sanzione delle disposizioni contenenti proibizioni del matrimonio, ma non a pena di nullità) è manifesto, dicevasi, che non avvi in questo argomento distinzione a fare tra gl'impedimenti *dirimenti* e quelli semplicemente *impedienti;* e che sì gli uni come gli altri possono per massima dar fondamento ugualmente alle opposizioni.

D'altra parte, quantunque ogni opposizione, per esser fondata in diritto, debba avere per causa un qualche impedimento o *dirimente* od almeno *impediente* il matrimonio, tuttavia l'opposizione medesima, se fatta da chi ne ha la facoltà ed allegando una causa ammessa dalla legge, costituisce di per sè un *impedimento proibitivo,* fino a che per

(1) V. proc. verb., n. 7, § 5 e 6.

sentenza passata in giudicato non sia stata rimossa, se in diritto non sia fondata.

Vedremo infatti esser questo l'effetto naturale dell'opposizione; che concorrendo le due condizioni, di proceder essa da persona adducente la qualità che secondo la legge ne attribuisce all'opponente il diritto, e d'essere appoggiata all'allegazione di una causa costituente impedimento al matrimonio, la celebrazione di questo rimane sospesa. E non potendo l'uffiziale dello stato civile costituirsi giudice sul merito dell'opposizione, sull'esistenza reale o sulla inesistenza della qualità personale addotta dall'opponente, o della causa allegata come fondamento legittimo della fatta opposizione, devesi astenere dal procedere alla celebrazione, fino a che una sentenza pronunciata dai giudici competenti, ed avente forza di cosa giudicata, non abbia pronunciato sulla domanda fatta dalla parte interessata perchè l'opposizione venga rimossa. Così pertanto, quando anche l'opposizione fosse in realtà illegittima, costituirebbe però frattanto, e finchè non fosse passata in giudicato la sentenza che la rimovesse, un *impedimento proibitivo*, che esporrebbe l'uffiziale dello stato civile alle pene stabilite dalla legge, se durante quell'impedimento si prestasse alla celebrazione del matrimonio.

Ciò stesso basta però a dimostrare come, trattandosi in ogni caso d'un impedimento almeno impediente il matrimonio, non sia lecito uscir mai dai termini precisi e rigorosi della legge; le cui disposizioni debbono in questa materia essere considerate come *tassative* e da non potersi interpretare in senso estensivo (1). Ed un'altra considerazione, di grave importanza pratica, conferma ancora lo stesso principio; che cioè l'ufficiale dello stato civile non potendo rendersi giudice del merito di un'opposizione che gli sia notificata, ma dovendo d'altra parte fermarsi, e sospendere la celebrazione del matrimonio, soltanto innanzi

---

(1) V. sopra, n. 42.

ad una opposizione *fatta da persona che ne abbia la facoltà e per causa ammessa dalla legge* (art. 90, cod. civ.) è quindi necessario ch'egli trovi nel testo espresso della legge la determinazione precisa delle cause di opposizione, e delle persone autorizzate a presentarla, senza bisogno d'interpretare le disposizioni legislative che non gli offrano chiaramente le norme di condotta nell'esercizio dell'uffizio suo.

Della massima ora dimostrata una prima ed importante applicazione dee farsi pertanto riguardo alle *persone* a cui spetta il diritto di fare opposizione al matrimonio altrui. Quantunque tale opposizione non possa esser fondata legittimamente in merito fuorchè appoggiandosi a cause costituenti impedimento legale al matrimonio, potendo però essa d'altra parte formare da per sè un impedimento impediente insino a che non sia passata in giudicato la sentenza che la rimuove, ha dovuto quindi la legge *limitare le persone alle quali la facoltà di opposizione sia concessa;* perchè altrimenti, ed estendendola a tutti, essa potrebbe facilmente volgersi in abuso, impiegandola come mezzo di ritardare, e forse impedire ritardandolo, un matrimonio senza giusto motivo, ma per solo spirito di vendetta, d'invidia, di vessazione. — I quali pericoli sono, se non rimossi del tutto, almeno allontanati d'assai, restringendo il diritto d'opposizione a quelle persone delle quali, pei loro rapporti con uno degli sposi, è da presumere che l'atto di opposizione ch'esse facciano non sia ispirato da sentimenti che non siano retti e tendenti a fine giusto e d'interesse degli sposi stessi e della famiglia. Le disposizioni di legge che determinano così le persone a cui è attribuito il diritto di opporsi al matrimonio altrui, sono dunque da applicarsi con rigorosa interpretazione, senza mai far luogo ad estenderle.

Senonchè, dobbiamo qui rilevare che reputati scrittori nostri — appigliandosi ad una frase incidentale del Demolombe (III, 152) — hanno creduto di poter formulare una distinzione, e contrappongono la opposizione *legale* a quella che essi chiamano opposizione *officiosa;* intendendo desi-

gnare, con questa seconda espressione, la facoltà che spetta a qualunque persona, anche se non rivestita del diritto di opposizione, di denunciare all'ufficiale di stato civile l'esistenza di impedimenti al progettato matrimonio, onde provocare il rifiuto che egli ha diritto e dovere di opporre (a termini degli articoli 98 e 124), qualora *abbia notizia*, per qualunque mezzo, di un impedimento legale al matrimonio stesso (1). Sebbene possa sembrare questa una questione più che altro di terminologia, crediamo però non abbastanza esatto il concetto dei citati autori. Ci sembra che la opposizione detta officiosa non sia, in sostanza, una vera opposizione; appunto perchè, come si è veduto più sopra (n. 121), il rifiuto che può e deve opporre, di moto suo proprio, l'ufficiale di stato civile, a senso degli art. 98 e 124, è cosa distinta e indipendente dalla sospensione del matrimonio che di diritto è conseguenza di una opposizione legale (art. 90). Il che si confermerà anche meglio coll'esame, che faremo tra breve, degli effetti della opposizione.

Ma, a parte ora questo, non a tutte le persone a cui la legge accorda di poter fare opposizione, è dessa conceduta per tutte egualmente le cause che formino impedimento o dirimente o proibitivo soltanto del matrimonio. Questa facoltà così generale è anzi riservata soltanto ai genitori o ascendenti, nei quali la legge doveva, pei loro rapporti con uno degli sposi, collocare naturalmente la massima fiducia possibile; ed al *pubblico ministero* che agisce nell'interesse generale della società e per mantenere l'osservanza della legge. Alle altre persone dalla legge contemplate non è attribuito il diritto di fare opposizione, fuorchè per cause espressamente e particolarmente determinate dalla legge medesima, le cui disposizioni debbono quindi anche in questa parte essere riguardate come *tassative*.

---

(1) V. Saredo, op. cit., n. 158, p. 412; Pacifici-Mazzoni, *Istit.* (2ª ediz.), II, 131.

Conseguenza ulteriore del principio stesso fin qui sviluppato è questa eziandio: che il diritto d'opposizione debbasi ritenere *strettamente personale* a coloro ai quali è dalla legge attribuito: di guisa che nessun'altra persona possa in loro vece esercitarlo, quantunque abbia dalla legge mandato per rappresentarli in tutt'altri rapporti e per gli atti ordinari della vita civile. Così, se colui al quale spetterebbe la facoltà dell'opposizione fosse in istato d'interdizione, non potrebbe esercitare per lui tale diritto il suo tutore.

Le disposizioni di legge relative alle persone a cui è concessa facoltà di fare opposizione hanno qualche analogia con quelle concernenti le persone chiamate a prestare l'assenso al matrimonio altrui : perchè sì le une che le altre hanno per fondamento comune il presunto affetto di queste persone verso quello degli sposi al quale sono legate con rapporti di parentela o d'ufficio. Ma quell'analogia è ben lungi d'esser tale che dell'una di dette categorie di disposizioni possa estendersi l'applicazione all'altra. Basti per dimostrarlo, l'osservare due profonde differenze per le quali si distingue radicalmente ciò che concerne la opposizione al matrimonio da ciò che si riferisce al consenso che la legge richiede da certe persone. L'opposizione deve sempre fondarsi sull'esistenza di qualche impedimento *legale* al matrimonio, mentre il consenso può essere negato, dai genitori od ascendenti e dal consiglio di famiglia o di tutela, anche per altre cause, ossia per ragioni di pura convenienza; sul merito delle quali è riservato al potere discrezionale della Corte d'appello il pronunciare in caso di richiamo che sia fatto a termine dell'art. 67 del codice civile. Inoltre l'opposizione può farsi dai genitori od ascendenti *quand'anche i figli o discendenti maschi abbiano già compiuti gli anni venticinque e le femmine gli anni ventuno* (art. 82, cod. civ.), quantunque a tale età non possa più essere necessario al matrimonio dei detti figli o discendenti ch'essi riportino il consenso dei loro genitori od ascendenti.

Premesse queste nozioni generali, procediamo a trattare

particolarmente: 1° del diritto di fare opposizione ad un matrimonio, ossia delle persone a cui appartiene e delle cause per le quali è ad esse attribuito; 2° del modo in cui l'opposizione dev'esser formata, ossia del tempo e delle forme che la legge stabilisce a tal uopo; 3° degli effetti dell'opposizione; 4° del modo in cui si possa rimuoverla.

132. *a*) Parlando qui del diritto di fare opposizione ad un matrimonio, comprendiamo in una sola trattazione due argomenti i quali potrebbero anche essere considerati distintamente, quello cioè delle persone a cui la facoltà di opporsi è concessa, e quello delle cause per le quali una tale facoltà è loro attribuita. La ragione di ciò sta nel nesso che naturalmente esiste tra l'una e l'altra di queste materie; perciocchè, come già fu notato, dipende dalla qualità delle persone l'essere ammesse ad opporsi al matrimonio per qualunque causa che ne costituisca impedimento legale, o solo per certe cause particolarmente e tassativamente determinate dalla legge.

Quali siano le persone che possano fare opposizione, senz'altra limitazione di cause fuor quella risultante dalla regola generale che richiede l'esistenza di un impedimento legale al matrimonio, è determinato dai seguenti due articoli del codice civile:

“ Il padre, la madre, e in mancanza d'ambidue, gli avi
“ e le avole possono fare opposizione al matrimonio dei
“ figli e discendenti per ogni causa ammessa dalla legge
“ che osti alla celebrazione del medesimo, quand'anche i
“ figli o discendenti maschi abbiano già compiuti gli anni
“ venticinque e le femmine gli anni ventuno „ (art. 82).

“ Il pubblico ministero deve sempre far opposizione al
“ matrimonio, se conosca ostarvi qualche impedimento „
(art. 87).

Intorno al primo di questi articoli è necessario precisare quali siano veramente le persone che debbano intendersi comprese in quella disposizione, ed alle quali perciò sia

attribuita la facoltà di fare opposizione; ed in qual ordine esse siano chiamate ad esercitare tale facoltà.

Nel primo proposito potrebbe, innanzi tutto, sorgere il dubbio se l'articolo 82 intenda riferirsi ai soli genitori od ascendenti *legittimi*, o piuttosto anche ai genitori ed ascendenti *naturali* soltanto.

La espressione della legge, che è generale e non fa distinzione, autorizza a ritenere quest'ultima massima, dove all'applicazione di essa non resistano altri principii generali di diritto. Ora nessuna ragione vi ha per stabilire che il padre e la madre naturali non possano fare opposizione al matrimonio de' loro figli legalmente riconosciuti, mentre sono parificati ai genitori legittimi quanto al consenso che son chiamati a prestare al matrimonio dei figli minorenni (art. 66, cod. civ.). Ma altrettanto non può dirsi, in senso almeno così assoluto, relativamente agli avi ed avole. Sappiamo infatti che la legge non riconosce un vincolo giuridico produttivo di effetti civili tra i genitori ed ascendenti od altri parenti legittimi di una persona ed i figli naturali di questa, mentre all'opposto ammette un tal vincolo tra il genitor naturale e i figli o discendenti legittimi del figlio naturale (1). Ne seguirà pertanto che un genitor naturale potrà fare opposizione al matrimonio d'un figlio o discendente legittimo del proprio figlio naturale, ma non così un genitore od ascendente legittimo potrà opporsi al matrimonio d'un figlio naturale del proprio figlio o discendente legittimo.

Potrebbesi dubitare eziandio se sotto il nome di padre e madre debbansi intendere contemplati nella disposizione dell'art. 82 anche gli *adottanti*. Da un egregio scrittore nostro fu sostenuta l'affermativa, fondandosi su questi argomenti: che *l'adottante è sotto molti riguardi equiparato al genitore legittimo; che il suo consenso è richiesto subito dopo quello di costui e prima degli altri ascendenti; che sa-*

(1) V. sopra, n. 6, pag. 18 21.

rebbe strano e quasi contraddittorio il non potere l'adottante fare opposizione neppure per mancanza del proprio consenso; che il silenzio dell'art. 82 circa l'adottante debbasi quindi considerare come effetto di una mera dimenticanza (1).

Sembra però che tale opinione non possa essere accolta, per le seguenti considerazioni.

Non par che sia da attribuire a dimenticanza del legislatore l'avere egli omesso di comprendere la dichiarazione di un determinato caso in una enumerazione per natura sua tassativa, quale è appunto questa delle persone che possono opporsi al matrimonio altrui. Chè anzi precisamente perchè, come fu dimostrato nel numero precedente, si versa qui in materia di stretta interpretazione, nella quale la facoltà di far sorgere coll'opposizione un impedimento impediente il matrimonio, non può ritenersi attribuita fuorchè a coloro che sono espressamente contemplati dalla legge; il solo silenzio di questa deve dunque bastare per escludere da tale facoltà qualunque altra persona.

Gli argomenti coi quali si dimostrasse anche perfettamente la ragionevolezza di estendere ad altre persone la facoltà dell'opposizione, per quanto attendibili in diritto costituendo, non potrebbero essere accettati in diritto costituito per ampliare l'applicabilità d'una disposizione di legge per natura sua tassativa. D'altronde, se è vero che in alcuni rapporti l'adottante sia parificato al genitore legittimo, tali rapporti però sono determinati limitatamente da espresse disposizioni di legge (art. 210 a 212, cod. civ.). — Il codice nostro ha stabilito bensì che il figlio adottivo minore di 21 anni debba, per contrarre matrimonio, ottenere, oltre il consenso dei genitori, quello eziandio dell'adottante (art. 63, § n° 3, cod. civ.). Ma vedemmo nel numero precedente che fra le regole relative al consenso pel matrimonio altrui, e quelle concernenti le opposizioni, non vi ha tale analogia che autorizzi ad applicare le une alle altre.

---

(1) Pacifici-Mazzoni, *Istituz.* (2ª ediz.), II, 132, pag. 164.

Ed anzi l'essersi dichiarato espressamente che l'adottante è chiamato a prestare il consenso al matrimonio dell'adottato minorenne, e non essersi detto ugualmente che possa farvi opposizione, è piuttosto un argomento efficace in senso contrario.

Nè in ciò avvi assurdità o contraddizione alcuna; imperocchè, se si è riconosciuto opportuno che l'adottato minorenne, sia soggetto all'autorità dell'adottante in ordine al matrimonio che quegli volesse contrarre, si è potuto però senza incoerenza ritenere non altrettanto conveniente di autorizzare l'adottante ad impedire, almeno temporariamente, il matrimonio in cui volesse legarsi l'adottato maggiorenne, con una opposizione che potrebbe non essere fondata. Che se realmente esista una causa ammessa dalla legge che osti alla celebrazione del matrimonio dell'adottato, l'adottante, sebbene non autorizzato a fare una formale opposizione, potrà supplire dichiarando, come lo può qualunque altra persona, l'esistenza di quell'impedimento all'uffiziale dello stato civile, od al Procuratore del Re. — La quale ultima considerazione risponde anche all'obbiezione tratta dalla pretesa stranezza e contraddizione di negare all'adottante la facoltà di fare opposizione perfino per la mancanza del proprio consenso.

Dei genitori legittimanti non può rivocarsi in dubbio la facoltà spettante ad essi, a tenore dell'art. 82, di opporsi al matrimonio dei figli legittimati; e nel caso medesimo di legittimazione anche agli avi ed avole apparterrebbe lo stesso diritto, in mancanza dei genitori; poichè è effetto della legittimazione di attribuire a chi è nato fuori di matrimonio *la qualità stessa di figlio legittimo* (art. 194, codice civile).

Altrettanto indubitato è che sotto nome di *avi ed avole* devono nell'art. 82 intendersi compresi gli ascendenti tutti, senza limitazione di grado (1); tanto più che, pel successivo

(1) V. sopra, n. 85, pag. 329; cf. Aubry e Rau, § 454, 1; Demolombe,

articolo 83, solo " non essendovi *alcun* ascendente „ il diritto di opposizione passa, più limitatamente, ai parenti collaterali.

Discendendo ora alla seconda parte del nostro quesito, che riguarda l'*ordine* in cui le persone contemplate dall'art. 82 sono autorizzate a fare opposizione; è da avvertire, innanzi tutto, come non sembri potersi rinnovare presso noi la questione che era dibattuta sotto il codice Francese, se cioè la madre potesse fare opposizione al matrimonio del figlio simultaneamente col padre, o solo in caso che questi fosse premorto o nella impossibilità di manifestare la propria volontà.

L'art. 173 del codice Francese dichiarava poter fare opposizione al matrimonio dei figli e discendenti, il padre, od *in mancanza del padre*, la madre, e mancando il padre e la madre gli avi e le avole. — E non ostante questo testo, il quale pareva dimostrare chiaramente che la madre fosse autorizzata a fare opposizione solo *sussidiariamente*, in caso di morte o d'incapacità del padre, non mancavano però gravi autorità a sostenere la massima opposta, che amendue i genitori avessero contemporaneamente la facoltà di fare opposizione.

La stessa forma di espressione dell'art. 173 del codice Francese era stata adottata anche nel progetto del codice Italiano, dicendo che " il padre, *in sua mancanza la madre*, " e in mancanza d'ambidue gli avi e le avole possono fare " opposizione, ecc. „. Il cambiamento introdotto nella compilazione definitiva dell'art. 82 del codice dicendo " *il padre, la madre* „ e togliendo quelle parole intermedie " *in sua mancanza* „ sembra sufficiente a dimostrare l'intenzione del nostro legislatore, di seguire la massima professata da quelli tra gli autori francesi che volevano attribuito *concorrentemente ad amendue i genitori* ad un tempo il diritto

---

III, 140, A; Laurent, II, 377; Pacifici-Mazzoni, *Istituz.* (2ª ediz.), II, 132; Borsari, *Comm.*, I, art. 82, § 242; Ricci, I, 94.

dell'opposizione; alla qual massima è infatti perfettamente congrua la forma in cui è stato modificato il detto articolo 82 (1).

Dopo i genitori, e *in mancanza d'ambidue* (sia poi mancanza per morte, o per impossibilità fisica o legale di agire) vengono *gli avi e le avole*, ossia gli ascendenti, senza limitazione di grado (2), senza distinzione di linea paterna o materna.

Ma fra i diversi ascendenti che può avere uno degli sposi, quale ordine dovrà essere seguìto nell'esercitare la facoltà della opposizione?

Sarà preferita la *linea* ascendente paterna alla materna? Ed in ciascuna linea, l'avola dovrà venire solo *in mancanza dell'avo?* Oppure potranno *concorrentemente* fare opposizione, tutti gli ascendenti, senza distinzione di sesso nè di linea? Quest'ultima sembra veramente l'opinione più conforme al testo del nostro articolo 82, che parla di *avi ed avole* genericamente e senza fare distinzione alcuna; e che subordina la facoltà per questi avi ed avole, di fare opposizione al matrimonio dei loro discendenti, a questa sola condizione che *manchino amendue i genitori*. La dottrina contraria professata da alcuni commentatori del codice Francese, secondo cui l'avola non avrebbe potuto opporsi al matrimonio del proprio discendente fuorchè *in mancanza dell'avo della medesima linea*, era fondata sulla considerazione che, secondo l'art. 173 di quel codice non essendo ammesso il concorso della madre col padre nel diritto di fare opposizione, neppur vi fosse ragione di ammettere un somigliante concorso tra l'avo e l'avola d'una stessa linea. Ma poichè, come abbiam detto, il codice Italiano ammette, al contrario del Francese, che il padre e la madre siano autorizzati concorrentemente ad opporsi al matrimonio del figlio, l'argomento usato dagli autori francesi s'inverte per

(1) Cf. Processi verbali della Commissione coordinatrice, verb. 20, § 7, 3; v. anche gli autori sopra citati.

(2) V. retro, pag. 499.

noi, e consiglia anzi a ritenere un pari concorso anche tra l'avo e l'avola della medesima linea (1).

Resterebbe qui a verificare se tra gli avi non debba farsi almeno una distinzione, per la diversa prossimità del *grado* di parentela, nel senso che in presenza degli avi i bisavi restino esclusi dalla facoltà di fare opposizione. Non è facile a verificarsi l'ipotesi che siano superstiti i bisavi, al tempo in cui i loro pronipoti possono contrarre matrimonio. Ma dato il caso, la dottrina generale ammette che gli ascendenti più prossimi escludano i più remoti, alla stessa guisa che i genitori escludono gli avi (2). Dubitiamo però dell'esattezza di questo insegnamento; parendoci (come avvertimmo altra volta, in ordine al diritto di consenso pel matrimonio dei minorenni) che per la esclusione dei bisavi di fronte agli avi non militino le stesse ragioni che per la esclusione di essi a fronte dei genitori. Tanto più che la opposizione al matrimonio suppone la esistenza di un divieto legale a contrarlo, e non può quindi che acquistare maggior forza il diritto individuale di ciascun ascendente a tutelare l'onore della famiglia, prevenendo anche l'annullazione successiva del matrimonio stesso. Nè poi dobbiamo dimenticare che il testo dell'art. 82 del codice nostro accorda indistintamente il diritto di opposizione agli avi e alle avole, senza riconoscere tra essi titolo alcuno di preminenza, nè per ragione di sesso, nè di linea, nè di grado.

Ai genitori ed agli ascendenti paterni e materni di ciascuno degli sposi è data facoltà, secondo le regole sopraccennate, di fare opposizione al matrimonio de' loro figli e discendenti per *ogni causa ammessa dalla legge che osti alla celebrazione del matrimonio* medesimo; sia che l'impedimento addotto come motivo dell'opposizione riguardi direttamente appunto il loro figlio o discendente, ovvero l'altro sposo. Fra gli impedimenti legali che possono essere addotti come

---

(1) V. autori sovra citati.
(2) Cf. autori citati *retro*.

motivi dell'opposizione avvi quindi anche la mancanza del consenso degli opponenti stessi, che fosse richiesto a tenore degli articoli 63, 64 e 66 del codice. E poichè anche nei casi in cui, essendo discordi fra loro le persone che a termini di legge debbono essere chiamate a consentire, basta il consenso d'una di esse, avvi tuttavia impedimento *impediente* il matrimonio, finchè anche quella persona il cui voto sarebbe in ogni caso posposto, non sia stata interpellata e non abbia manifestata la propria volontà (v. sopra num. 93), così dovrebbe dirsi che la madre possa opporsi al matrimonio del figlio, non ostante il consenso del padre, quando essa non sia stata interpellata; e parimente l'avola non richiesta del suo assenso, sebbene abbia acconsentito l'avo della stessa linea; e gli ascendenti d'una delle due linee non interpellati, quantunque l'assenso sia stato legalmente prestato dagli ascendenti dell'altra linea. Ma d'altro lato siccome la opposizione stessa, che fosse così promossa da queste persone, significherebbe il loro rifiuto al matrimonio progettato (contenendone anzi la prova autentica), e siccome poi è indifferente che il rifiuto dell'un parente preceda o sussegua il consenso dell'altro; così il consenso del padre o dell'avo o degli ascendenti dell'altra linea basterebbe, *pel disaccordo verificatosi*, a togliere ogni impedimento al matrimonio del figlio o discendente, giusta gli articoli 63 e 64.

Del resto il consenso che fosse stato effettivamente prestato dal genitore o dall'ascendente non gl'impedirebbe di fare più tardi atto formale di opposizione al matrimonio del figlio o discendente, qualora potesse allegarne per causa l'esistenza di qualche altro impedimento o dirimente od anche solo proibitivo.

D'altra parte, come già fu osservato (1) e come è detto espressamente nel riferito articolo 82 del codice civile, non è necessario alle persone ivi contemplate, per poter eser-

(1) V. sopra, n. 131, pag. 494.

citare il diritto di opposizione, che il loro figlio o discendente sia ancora soggetto alla loro autorità in riguardo al matrimonio ch'egli vorrebbe contrarre; poichè la facoltà di fare opposizione è data ai genitori ed agli ascendenti ogni volta che si verifichi qualche causa d'impedimento legale al divisato matrimonio, *quand'anche i figli o discendenti maschi abbiano già compiuti gli anni venticinque, e le femmine gli anni ventuno.*

132 *bis*. L'articolo 87 del codice civile, imponendo al pubblico ministero *il dovere di far opposizione al matrimonio sempre che conosca ostarvi qualche impedimento*, ha risolta una questione che, per mancanza di testo preciso corrispondente, era gravemente dibattuta sotto il codice Francese. L'ha risolta nel senso più conforme ai principii; perciocchè *il ministero pubblico ha azione diretta per far eseguire ed osservare le leggi d'ordine pubblico* (art. 139, § u° della legge 6 dicembre 1865, n. 2626, sull'ordinamento giudiziario); nè d'altronde può dubitarsi che all'ordine pubblico appartengono le disposizioni legislative riguardanti gl'impedimenti al matrimonio, siano poi essi dirimenti o proibitivi soltanto. Il procuratore del Re presso il Tribunale nella cui giurisdizione trovasi compreso il Comune nel cui ufficio di stato civile avrebbesi a celebrare il matrimonio, è il funzionario del pubblico ministero al quale l'art. 87 surricordato si riferisce.

A questa disposizione del codice fa poi seguito e complemento quella, già altra volta citata, dell'articolo 90 del R. decreto 15 novembre 1865 sull'ordinamento dello stato civile; ove è imposto l'obbligo all'ufficiale dello stato civile, che conosca ostare ad un matrimonio un impedimento che non sia stato dichiarato, d'informarne tosto il procuratore del Re, affinchè possa, se lo crede, farvi opposizione, e di *sospendere intanto la celebrazione del matrimonio, fino a che il procuratore del Re abbia fatto note le sue determinazioni.* In forza di ciò l'uffiziale dello stato civile, dopo che abbia

denunciato l'impedimento di cui ebbe notizia al procuratore del Re, sarà non solo autorizzato, ma tenuto a sospendere la celebrazione del matrimonio, non tanto se quel magistrato abbia fatto una formale opposizione prima che gli sposi siansi presentati per celebrare il matrimonio, quanto ancora se, trascorsi i tre giorni successivi a quello dell'ultima pubblicazione, il procuratore del Re non abbia ancora dichiarato, al momento in cui si presentano gli sposi, di avvisare che non facciasi luogo ad opposizione. Questa massima sembra risultare manifestamente dal testo medesimo dell'art. 90 del R. decreto 15 novembre 1865; poichè l'espressione che l'uffiziale dello stato civile, il quale abbia denunciato l'impedimento venuto a sua notizia, debba *sospendere intanto la celebrazione del matrimonio fino a che il procuratore del Re gli abbia fatte note le sue determinazioni*, sarebbe non solo imprecisa, ma destituita d'un significato utile, qualora s'intendesse nel senso che la sospensione della celebrazione dovesse aver luogo allora soltanto che il procuratore del Re avesse fatto regolare opposizione prima che gli sposi si presentassero; non occorrendo allora di esprimer questo, che non costituirebbe una regola speciale pel caso contemplato dal predetto art. 90, ma un principio necessariamente comune a tutti i casi di opposizione. D'altra parte è troppo manifesto che lo scopo della legge non sarebbe raggiunto; se, per esempio, denunciato all'uffiziale dello stato civile un impedimento che osterebbe al matrimonio, nel terzo giorno dopo la seconda pubblicazione, ed informatone tosto da lui il pubblico ministero, gli sposi potessero nel quarto giorno presentarsi a celebrare il matrimonio, senza che il ministero pubblico avesse potuto fare le indagini che fossero necessarie per determinarsi a fare opposizione o prescinderne. A chi obbiettasse i temibili abusi, pel ritardo che talvolta arbitrariamente potrebbesi prolungare, sarebbe ovvio rispondere che la legge non manca di offrirne l'opportuno rimedio; giacchè l'uffiziale dello stato civile, rifiutandosi a celebrare il ma-

trimonio, a senso del detto articolo 90 del decreto 15 novembre 1865, dovrebbe rilasciare agli sposi richiedenti un certificato indicante il motivo del rifiuto; e le parti, qualora lo credessero ingiusto per l'inesistenza dell'addotto impedimento, potrebbero ricorrere al Tribunale per gli opportuni provvedimenti (art. 98, codice civile). Se il pubblico ministero, in seguito all'informazione ricevuta dall'ufficiale dello stato civile, facesse opposizione al matrimonio, questo non potrebbe più celebrarsi sino a che per sentenza passata in giudicato l'opposizione fosse rimossa. — Se invece il pubblico ministero determinasse non farsi luogo ad opposizione, l'uffiziale dello stato civile sarebbe sciolto da responsabilità nella celebrazione del matrimonio a cui si prestasse; ma qualora fosse persuaso dell'esistenza del denunciato impedimento, potrebbe nonostante rifiutarsi sotto la propria responsabilità alla celebrazione del matrimonio, rilasciandone attestazione motivata, come è disposto dall'art. 98 del codice, e rimanendo allora aperta alle parti la via del ricorso davanti al Tribunale competente.

133. Tra coloro che non possono fare opposizione fuorchè per certe cause particolarmente determinate dalla legge, occupa il primo luogo il *coniuge* d'una delle due parti che si proponessero di contrarre matrimonio (art. 85, cod. civ.). La *qualità* stessa dell'opponente costituisce in questo caso la prova di un impedimento dirimente al divisato matrimonio, che è la sola causa per lui adducibile della sua opposizione. — Alla quale però non può dar fondamento fuorchè appunto la *qualità vera di coniuge*, di cui l'opponente sia rivestito agli occhi della legge civile. Tale facoltà non potrebbe quindi essere esercitata da chi avesse semplicemente ottenuto da uno degli sposi la *promessa*, per quanto solenne, di futuro matrimonio (1), nè da chi

---

(1) V. sopra. n[i] 23 e 24; v. anche Cassazione di Roma, 5 agosto 1876 (*Fôro ital.*, I, 1, 1153).

avesse contratto un matrimonio mancante delle condizioni essenziali alla *esistenza civile* di esso. Ma l'annullabilità del matrimonio anteriore non toglierebbe all'uno dei coniugi il diritto di opporsi alle nuove nozze che l'altro volesse contrarre con altra persona; dappoichè, come abbiamo visto, anche il matrimonio annullabile costituisce un impedimento, se non dirimente, almeno proibitivo pel nuovo matrimonio (1); nè l'opposizione che il coniuge facesse potrebbe allora esser rimossa fuorchè mediante l'annullamento giudiziale del matrimonio anteriore.

Del resto il coniuge non è la sola persona che per questa causa, del vincolo attualmente esistente dell'anteriore matrimonio, possa opporsi alle nuove nozze che l'altro coniuge volesse contrarre. Possono pure opporsi, pel medesimo motivo, tutti coloro ai quali è attribuita la facoltà di fare opposizione per qualunque impedimento al matrimonio; cioè, secondo gli art. 82 e 87 di cui parlammo nel numero precedente, il padre, la madre, e in mancanza d'ambidue, gli avi e le avole del coniugato che vorrebbe contrarre altre nozze, non che il ministero pubblico.

Vengono poscia altre persone le quali non possono fare opposizione per qualunque impedimento legale che osti al matrimonio, ma solo per due cause particolari tassativamente stabilite, cioè: 1ª per mancanza del consenso del consiglio di famiglia nei casi in cui sarebbe richiesto dalla legge; 2ª per l'infermità di mente di uno degli sposi. Queste persone sono, il fratello e la sorella, lo zio e la zia, e i cugini germani maggiori di età — quando non siavi alcun ascendente —, il tutore o il curatore che siano a ciò autorizzati dal consiglio di famiglia (art. 83 e 84, cod. civ.).

Premetteremo qualche dimostrazione di ciò che riguarda le due cause sopraccennate di opposizione, potendo ciò servire a comprendere più facilmente le disposizioni del codice relativamente alle persone a cui tale opposizione è permessa.

---

(1) V. sopra, n. 50, pag. 168.

I collaterali indicati nell'art. 83, il tutore od il curatore secondo l'art. 84, sono autorizzati a fare opposizione, in primo luogo, *per mancanza del consenso richiesto dall'articolo* 65 (art. 83, n° 1°, cod. civ.), cioè, quando si tratti di uno sposo *minore di ventun anni*, il quale non avendo superstite alcuno dei genitori nè degli avi ed avole, nè avendo un adottante, o niuno di costoro essendo nella possibilità di manifestare la propria volontà, non abbia riportato pel matrimonio che vorrebbe contrarre *il consenso del consiglio di famiglia*, voluto in tali casi dal detto art. 65, cod. civ. Non così si fa luogo ad opposizione per parte dei collaterali predetti o del tutore o curatore, quando il consenso mancante avrebbe dovuto esser prestato, non dal consiglio di famiglia, ma da qualche ascendente che sia superstite e capace, o dall'adottante; perchè nel primo caso la facoltà di fare opposizione non può spettare naturalmente che agli ascendenti stessi, a tenore dell'articolo 82, come è confermato dalle parole con cui lo stesso articolo 83 comincia la sua disposizione, dicendo — *non essendovi alcun ascendente* —. Nel secondo caso poi, cioè quando siavi un adottante, non vi sarebbe ragione alcuna perchè la mancanza del consenso di lui autorizzasse a fare opposizione i collaterali od il tutore o curatore dello sposo minorenne. E poichè, come vedemmo nel numero precedente, l'adottante non è annoverato nella disposizione *tassativa* dell'art. 82 fra quelle persone che possono fare opposizione per qualunque causa che osti al matrimonio, ne seguirà che nel caso di minorità dello sposo al cui matrimonio non abbia consentito l'adottante, e mancando i genitori o gli ascendenti dello sposo medesimo, l'opposizione al matrimonio per causa della mancanza di consenso dell'adottante non potrà farsi che dal *pubblico ministero*, al quale l'adottante potrà ricorrere all'uopo, o denunciare l'impedimento all'uffiziale dello stato civile.

Non deve poi far meraviglia che sia concesso ai collaterali ed al tutore o curatore, autorizzato dal consiglio di

famiglia, di fare opposizione per la mancanza del necessario consenso del consiglio di famiglia medesimo; perchè, quantunque questa mancanza costituisca di per sè un impedimento di cui porrà in avvertenza lo stesso atto di nascita dello sposo che dev'essere presentato all'uffiziale dello stato civile, il quale perciò dovrebbe rifiutarsi alla celebrazione del matrimonio quand'anche nessuno vi facesse opposizione, pure potendo l'uffiziale dello stato civile essere tratto in inganno colla presentazione di un falso atto di nascita dello sposo o di consenso del consiglio di famiglia, nasce da ciò la evidente utilità del mezzo aperto dalla legge colla opposizione.

Quantunque l'art. 84 dichiari che il tutore *autorizzato dal consiglio di famiglia*, potrà fare opposizione *per le cause indicate nel precedente articolo* 83, il quale nel n° 1° parla soltanto *del consenso del consiglio di famiglia richiesto dall'articolo* 65; sembra però che il tutore, autorizzato dal consiglio di tutela, possa fare ugualmente opposizione per mancanza del consenso di questo consiglio, richiesto dall'articolo 66; non tanto perchè vi è la stessa ragione della legge, quanto perchè l'art. 66 non è che quasi corollario e complemento dell'articolo 65 stesso, sostituendo pei figli naturali al consiglio di famiglia, che non può esservi per chi non procede da figliazione legittima, *il consiglio di tutela;* il quale del resto è perfettamente parificato al consiglio di famiglia quanto alle sue attribuzioni e quanto a tutte le altre regole le quali per la natura stessa delle cose, e principalmente per la composizione necessariamente diversa del consiglio di famiglia e di quello di tutela, non siano inapplicabili (art. 261, § 3, cod. civ.).

L'infermità di mente d'uno degli sposi è la seconda causa di opposizione ammessa dagli articoli 83 e 84.

Evidentemente si considera qui soltanto la *condizione di fatto* della infermità mentale, e non lo *stato giuridico* in cui la persona si trova se è stata interdetta per causa di quella infermità. E quella *condizione di fatto* apre l'adito,

per disposizione della legge, alla opposizione; perchè continuando quello stato di infermità anche all'atto della celebrazione del matrimonio, sarebbe causa d'una incapacità naturale che renderebbe *giuridicamente inesistente* il matrimonio stesso (1). Non è dunque necessario che l'opposizione si fondi sullo stato *d'interdizione giudiziale*, in cui per abituale infermità di mente sia costituito uno degli sposi. Che anzi si può fare opposizione ed ottenere che sia mantenuta dal Tribunale, a cui lo sposo ricorresse affinchè fosse rimossa, senza essere costretti a promuovere la interdizione dello sposo infermo di mente (2). È questa una innovazione fatta dal codice Italiano al Francese, il quale, all'art. 174, n° 2°, dichiarava che l'opposizione fondata " sullo stato di demenza del futuro sposo . . . . . non sarà " giammai ammessa che *a condizione per parte dell'oppo-* " *nente, di provocare l'interdizione, e di farla ordinare nel* " *termine che sarà fissato giudizialmente* ".

Il codice Italiano ha tolta opportunamente questa condizione; sia perchè possono esservi giuste ragioni di non promuovere la interdizione di un parente, quantunque infermo di mente, allorchè sia provveduto abbastanza a proteggerne la persona e curarne il patrimonio, senza bisogno di ricorrere ad una umiliante interdizione, nè sarebbe stato conveniente il creare una necessità di provocarla per giungere ad impedire un matrimonio cui l'infermo si disponesse a contrarre; sia anche perchè quella condizione sarebbe stata inconciliabile col sistema adottato per ottime ragioni dal codice nostro, di permettere l'opposizione al matrimonio per l'infermità di mente *tanto dell'uno quanto dell'altro degli sposi*, mentre l'interdizione non potrebbe promuoversi fuorchè contro quello degli sposi di cui l'opponente fosse *congiunto* (art. 326, cod. civ.) (3).

---

(1) V. sopra, n. 39, pag. 131, e n. 90, pag. 344.

(2) Cf. Pacifici-Mazzoni, *Istituz.* (2ª ediz.), II, 133 in fine; Buniva, op. cit., I, p. 184, nª 3; Borsari, *Comm.*, art. 83, § 243; Ricci, *Dir. civ.*, I, 96.

(3) La Corte di Trani con sentenza 13 gennaio 1889 (*Fôro ital.*, XIV,

Lo stato d'infermità mentale non può qui naturalmente essere considerato al tempo in cui produrrebbe l'inesistenza giuridica del matrimonio, che sarebbe il momento della celebrazione del medesimo; poichè si tratta d'una opposizione preventiva tendente precisamente ad impedire tale celebrazione. Bisognerà dunque considerarlo *al tempo dell'opposizione;* con quest'avvertenza però, che una momentanea aberrazione di mente, od anche una infermità di non breve durata, ma guaribile, se giustificherebbe l'opposizione fatta in tempo in cui quella infermità esisteva, ed impedirebbe quindi che si potesse ottener condannato l'opponente al risarcimento dei danni, secondo la disposizione che più innanzi vedremo dell'art. 91 del cod. civ., per altro non impedirebbe che il Tribunale a cui fosse fatto ricorso rimuovesse l'opposizione, qualora al tempo del giudizio fosse cessato perfettamente lo stato di malattia mentale da cui l'opposizione era motivata. D'altra parte però non basterebbe a dar fondamento alla reiezione dell'opposizione, un ritorno incompleto o momentaneo dell'uso delle facoltà intellettuali. Un *lucido intervallo*, sia che si verificasse al tempo in cui si giudica dell'opposizione, sia anche che si fosse avverato allo stesso tempo in cui questa facevasi, non potrebbe far considerare l'opposizione stessa come non fondata legittimamente sullo stato d'infermità mentale; poichè sappiamo che basta l'*abitualità di questo stato* per porre impedimento al matrimonio, e renderlo annullabile se ciò non ostante sia contratto, ancorchè al momento stesso della celebrazione del matrimonio si fosse verificata per lucido intervallo una momentanea sanità di mente (1).

1, 983) dichiarò che in tal caso "*deve seguirsi il procedimento speciale* "*per la interdizione*". Però questa proposizione, posta incidentalmente nei motivi della sentenza, deve intendersi con discrezione; e dal contesto della sentenza apparisce che si è parlato di ciò come di una facoltà, più che di un obbligo, della parte opponente. Diversamente, la massima sarebbe inammissibile, giusta le considerazioni sovra esposte.

(1) V. sopra, n. 90, pag. 344.

Spetterà naturalmente al Tribunale, usando del suo potere discrezionario, il giudicare *in fatto* se esista veramente ed attualmente uno stato d'infermità mentale in uno degli sposi, o se almeno siavi l'abitualità di questo stato.

Ma se *non è necessario*, secondo la teoria sovra esposta, che l'opposizione *si fondi sullo stato giuridico d'interdizione* di uno degli sposi per infermità di mente, non è da credere però che verificandosi quello stato giuridico non possa per esso legittimarsi l'opposizione. La interdizione giudiziale porta seco la presunzione legale del fatto che le dà fondamento. Essa d'altronde costituisce di per sè un impedimento al matrimonio (art. 61, cod. civ.; V. sopra n. 89, pag. 339). Ben lungi adunque di escludere che l'interdizione per vizio di mente possa essere causa di opposizione a tenore dell'articolo 83, n° 2°, bisogna anzi ammettere che lo stato d'interdizione dispensa da ulteriore prova dell'infermità di mente da cui l'opposizione sia motivata.

Dopo le cose fin qui esposte, intorno a ciascuna delle due cause di opposizione considerate nell'art. 83, ci resta solo di prender nota d'una differenza importantissima tra l'una e l'altra di esse; che cioè per mancanza del consenso del consiglio di famiglia non può farsi opposizione che dai parenti collaterali o dal tutore o curatore di quello degli sposi a cui tale consenso sarebbe stato necessario; mentre la infermità mentale *di uno degli sposi* può dar luogo ad opposizione anche da parte dei parenti o del tutore o curatore *dell'altro sposo.* La quale differenza è facilmente giustificabile; avvegnachè l'essere stato o no prestato dal consiglio di famiglia il consenso, non riguardi altro interesse che quello dello sposo a cui il consenso era necessario, e della famiglia di lui; mentre l'impedire un matrimonio che si contrarrebbe con persona inferma di mente, interessa non tanto all'infermo stesso ed ai parenti suoi, quanto a chi si congiungerebbe con lui, ed alla sua famiglia (1).

---

(1) Cf. Borsari, *Comm.*, I, art. 83, § 244.

Venendo ora a parlare delle persone alle quali è data facoltà di fare opposizione al matrimonio per le sovradette due cause, l'art. 83 annovera espressamente *il fratello e la sorella, lo zio e la zia e i cugini germani maggiori di età*. Nè qui abbiam bisogno di ripetere la dimostrazione già fatta altrove (1) che questa enumerazione deve necessariamente riguardarsi come *tassativa*, tale cioè da non potersi estendere menomamente col mezzo della interpretazione o di argomenti d'analogia. È dunque stabilito in modo non dubbio che, non solo tutti gli affini, ma ogni altro parente collaterale, quantunque in grado più prossimo allo sposo che quelli espressamente contemplati dall'art. 83, restano esclusi dal poter fare opposizione per le cause ivi indicate. Così il nipote d'uno degli sposi, sebbene più prossimo a lui che il cugino, il discendente, il figlio stesso, non potrebbero opporsi al matrimonio dello zio, dell'ascendente, del genitore che volesse legarsi in nuove nozze, allegando la infermità di mente sia di lui, sia dell'altro sposo. Nè di ciò può esser difficile il trovare giustificazione; imperocchè nel determinare le persone che potessero fare opposizione al matrimonio altrui, non era al solo grado di parentela che dovesse aversi riguardo, ma eziandio alla posizione rispettiva delle persone, per la quale poteva essere incompatibile la facoltà in una di esse di fare opposizione al matrimonio dell'altra, colla deferenza che a questa dovesse quella. Ed è appunto evidente come non sarebbe tollerabile che il nipote potesse opporsi al matrimonio dello zio, il discendente a quello dell'ascendente, il figlio a quello del genitore. Vero è che l'abituale infermità di mente produce *per qualsiasi congiunto* dell'infermo il diritto di promuoverne la interdizione (art. 326, cod. civ.). Ma oltrechè, come abbiam visto, l'opposizione al matrimonio per malattia mentale d'uno degli sposi non ha, secondo il codice nostro, nulla di comune colla interdizione giudiziale per la

---

(1) V. sopra, n. 131, pag. 491-492.

medesima causa; è poi anche manifesto che i motivi, sopra notati, i quali consigliavano ad escludere certi parenti, quantunque stretti, dal poter fare opposizione al matrimonio del loro congiunto, non stavano ugualmente per impedire a quei parenti di promuovere la interdizione dell'infermo, sottomettendosi ad una dura necessità, pel fine di provvedere coi mezzi dalla legge disposti alla cura della persona ed all'amministrazione dei beni di lui.

Del resto fra i collaterali indicati nell'art. 83 non avvi *ordine di preferenza* che la legge determini per l'esercizio del diritto di opposizione. Non è detto, come pei genitori e gli ascendenti (art. 82, cod. civ.), che gli uni vengano *in mancanza* degli altri. Il fratello, la sorella, lo zio, la zia, il cugino, la cugina possono dunque esercitare *concorrentemente* la facoltà che è loro attribuita dalla legge di opporsi al matrimonio per mancanza del consenso del consiglio di famiglia, o per l'infermità di mente d'uno degli sposi (1).

Vi sono però alcune condizioni risultanti dal testo stesso dell'art. 83, e che sono necessarie a verificarsi per tutti egualmente i collaterali ivi indicati.

Si richiede dunque:

1° Che *non siavi alcun ascendente.*

Se viva e sia capace a manifestare la propria volontà qualcuno dei genitori o degli ascendenti, è ad essi naturalmente che deve di preferenza essere riservato il giudicare della convenienza o no di fare opposizione al matrimonio del figlio o discendente, per le cause contemplate dall'articolo 83, come per qualunque altra che osti alla celebrazione del matrimonio.

2° Che quei parenti collaterali siano *maggiori di età.* Ai minori di età, incapaci agli atti ordinari della vita civile, non poteva naturalmente esser concesso l'esercizio di una facoltà tanto importante e producente conseguenze così gravi, qual'è quella di opporsi al matrimonio altrui. Nè al

---

(1) V. Processi verbali della Commissione coordinatrice, verb. 20, § 7, 3°.

maggiorenne potrebb'essere parificato in questo il *minore emancipato*, il quale non acquista colla emancipazione altra capacità che per gli atti di *semplice amministrazione dei beni* (art. 317, cod. civ.).

Non potendo poi il minorenne esercitare personalmente la facoltà di fare opposizione, e d'altra parte essendo questa *essenzialmente e strettamente personale* (1), ne segue che il tutore del minorenne non potrebbe formare in nome di lui l'opposizione; nè il minore emancipato lo potrebbe coll'assistenza del curatore.

Per le stesse cause stabilite dall'art. 83, *il tutore* può opporsi al matrimonio del minore soggetto alla sua tutela, il *curatore* al matrimonio del *minore emancipato* ch'egli è deputato ad assistere (art. 314, cod. civ.).

Nulla di più naturale che il consiglio di famiglia, le cui attribuzioni si tenta di violare quando il minore che gli è soggetto vorrebbe contrarre matrimonio senza riportarne il consenso, possa valersi del mezzo del tutore o curatore, autorizzandolo a fare quella opposizione senza di cui l'ufficiale dello stato civile potrebb'essere per inganno indotto a celebrare il matrimonio. È questa l'applicazione dell'articolo 84 al primo dei casi contemplati dal precedente articolo 83 del codice civile.

Ma quando mai potrà riuscire utile quell'applicazione al secondo caso, cioè d'infermità di mente d'uno degli sposi? Se si tratta di persona soggetta a tutela *per minore età*, non può esservi bisogno del mezzo dell'opposizione per impedire il matrimonio che quella persona volesse contrarre, o sia poi il minore stesso o l'altro sposo che si trovi affetto d'infermità mentale. Basterebbe allora che il consiglio di famiglia negasse il consenso, o lo rivocasse se già prestato (2), per impedire la celebrazione del matrimonio, ed in ogni modo per dar fondamento all'opposizione *per man-*

---

(1) V. sopra, n. 131, pag. 494.
(2) V. sopra, n. 79, pag. 297.

canza di consenso, senza allegare la infermità di mente dello sposo. Bisogna dunque supporre che lo sposo sia in istato di tutela *come interdetto per abituale infermità di mente*; ed allora si comprende che quando si riuscisse, dissimulando lo stato d'interdizione, a far ricevere dall'uffiziale dello stato civile la richiesta per le pubblicazioni del matrimonio, interessi di aprir la via a potere impedire la celebrazione col mezzo di un'opposizione che si faccia dal tutore autorizzato dal consiglio di famiglia.

Affinchè però il tutore o il curatore possano fare opposizione a termini dell'art. 84 del codice civile, si esigono le seguenti due condizioni:

1° Che *non siavi alcun ascendente*. Questo requisito, sebbene non ripetuto nel testo dell'art. 84, è però necessario, per l'intimo nesso che questa disposizione ha con quella del precedente art. 83, e perchè non vi sarebbe ragione per negare agli ascendenti, a fronte del tutore o curatore, quella preferenza che è loro accordata verso i parenti collaterali.

Ma all'opposto i collaterali non sono punto preferiti al tutore o curatore; e questi potrebbero *concorrentemente* con quelli fare opposizione per le cause stabilite dall'art. 83 (1).

2° Il tutore od il curatore ha bisogno, per poter fare opposizione, d'esservi *autorizzato dal consiglio di famiglia*, o dal consiglio di tutela se il tutelato procede da figliazione illegittima.

A questa regola però è da fare eccezione pel caso che sia investita dell'ufficio di tutore o curatore una persona che sia tra i collaterali contemplati dall'art. 83; perciocchè allora nulla potrebbe vietarle di giovarsi della propria qualità personale, di fratello per esempio, o di zio o cugino dello sposo, piuttosto che di quella che le deriva dall'ufficio di cui è investita. Così lo zio tutore potrebbe opporsi al matrimonio del nipote che avesse sotto la propria tutela,

(1) Cf. Pacifici-Mazzoni, *Istituz.* (2ª ediz.), II, 133; Ricci, *Dir. civ.*, I, 97.

in causa dell'infermità di mente da cui fosse colpito l'altro sposo, quantunque la maggioranza del consiglio di famiglia avesse deliberato di negargli l'autorizzazione per proporre una tale opposizione. Ma non potrebbe dirsi altrettanto se la causa dell'opposizione avesse a consistere nella mancanza di consenso del consiglio di famiglia, a termini dell'art. 83, n° 1°; poichè allora la deliberazione colla quale la maggioranza del consiglio avesse rifiutata l'autorizzazione al tutore per opporsi, potrebbe essere equiparata a consenso del consiglio medesimo (arg. art. 109, cod. civ.).

È poi superfluo il dire che qualora il tutore fosse un *ascendente* del tutelato, non potrebbe mai esservi caso in cui egli abbisognasse dell'autorizzazione del consiglio di famiglia per esercitare l'opposizione; non *per mancanza del consenso richiesto dall'art.* 65, perchè essendovi un ascendente, da lui e non già dal consiglio di famiglia avrebbe dovuto esser prestato il consenso (art. 64, cod. civ.); non *per infermità di mente di uno degli sposi*, perchè, come abbiam visto, è solo quando *non siavi alcun ascendente*, che il diritto dell'opposizione è attribuito al tutore autorizzato dal consiglio di famiglia. E l'ascendente potrebbe sempre esercitare l'opposizione, in virtù della propria *qualità personale,* anche per la causa contemplata nel n° 2° dell'art. 83, come per qualunque altra che ostasse alla celebrazione del matrimonio.

Il nostro codice nell'art. 86 ha poi regolato, con una speciale ed opportuna disposizione, il caso in cui la causa che fa luogo all'opposizione, consista nella vedovanza della donna o nell'annullazione di un suo anterior matrimonio da tempo inferiore a dieci mesi. — E siccome il motivo della proibizione fatta dall'art. 57 del codice civile, consiste nell'impedire l'incertezza della paternità (1), fu coerente la legge coll'ammettere ad opporsi, in caso che si tentasse di contravvenire alla disposizione del detto articolo 57, *tutti*

(1) V. sopra, n. 94.

i parenti del primo marito defunto (art. 86, § 1, cod. civ.), i quali hanno interesse ad impedire un fatto che potrebbe introdurre nella loro famiglia un figlio il quale appartenesse in realtà al nuovo marito; *i prossimi ascendenti della donna* (art. 86, § 1) che sono i più naturali custodi dell'interesse e dell'onore della loro discendente e della famiglia; e finalmente, in caso che l'anteriore matrimonio non sia stato sciolto per la morte del marito ma sia stato annullato, *anche colui col quale il matrimonio aveva avuto luogo* (d° art. 86, § 2), essendo egli il più direttamente interessato a far osservare la disposizione dell'art. 57.

Fu proposto alla Commissione coordinatrice di accordare la facoltà di opposizione, non solo ai più prossimi ascendenti, ma *a tutti i parenti* della vedova, o della donna il cui matrimonio anteriore sia stato annullato. Ma questa proposta non fu accolta, " perchè si è considerato che se " è opportuno di accordare ai prossimi ascendenti della " vedova il diritto di fare opposizione al matrimonio da " lei contratto in contravvenzione dell'art. 68 (57 del cod.) " sarebbe trascorrere troppo oltre, e dare causa ad impegni " talvolta passionati od interessati, di estendere tale diritto " a tutti i di lei parenti „ (1).

È poi manifesto che essendo dall'art. 86 attribuito il diritto di opposizione, nel caso previsto dall'art. 57, *ai prossimi ascendenti* di colei della quale sia stato sciolto od annullato l'anterior matrimonio, *i più prossimi* di grado fra tali ascendenti *escluderanno i più remoti*, sia nella stessa linea, sia eziandio da una linea all'altra; ma gli ascendenti di uno stesso grado, tanto in ciascuna linea separatamente quanto in amendue, potranno *concorrentemente* esercitare il diritto della opposizione.

134. *b*) Nessuna disposizione avvi nel codice che determini *il tempo* entro il quale l'opposizione debba esser fatta.

---

(1) V. Proc. verb., n. 7, § 7.

Ma siccome lo scopo di essa è di impedire che si contragga un matrimonio al quale osti qualcuno degl'impedimenti legali, e siccome la notizia di tali impedimenti, che l'uffiziale dello stato civile acquistasse in qualunque tempo anteriore alla celebrazione del matrimonio, gl'impedirebbe, come abbiam visto, di prestarvisi, sotto pena d'incorrere nelle sanzioni stabilite dalla legge; è quindi manifesto che non potrebbesi considerare come tardiva l'opposizione che venisse fatta anche dopo trascorso il tempo durante il quale devono rimanere affisse le pubblicazioni, purchè al momento in cui l'atto di opposizione venisse notificato non fosse ancora avvenuta la celebrazione del matrimonio. Il termine dei tre giorni successivi all'ultima pubblicazione, che dev'essere compiuto prima che si possa procedere alla celebrazione (art. 76, codice civile) non è stabilito per chiuder l'adito dopo quel termine alle opposizioni, ma unicamente per dare un tempo congruo entro il quale siavi sicurezza di poter fare utilmente le opposizioni medesime. — A togliere ogni dubbio intorno a questo punto ha provveduto opportunamente l'articolo 92, § 1 del R. decreto 15 novembre 1865, sull'ordinamento dello stato civile, col disporre che " L'opposizione al matrimonio può sempre " essere utilmente fatta prima che il medesimo sia cele- " brato, ancorchè sia trascorso il termine per cui le pub- " blicazioni devono rimanere affisse „.

Le forme dell'atto di opposizione sono determinate dall'art. 88 del codice civile, colla disposizione seguente:

" Ogni atto di opposizione deve esprimere *la qualità* che " attribuisce all'opponente il diritto di farla, *le cause* del- " l'opposizione, e contenere l'*elezione di domicilio* nel Co- " mune ove siede il Tribunale nel cui territorio si deve " celebrare il matrimonio „.

Le prime due di queste formalità sono ordinate allo scopo d'impedire l'abuso che potrebbe commettersi con opposizioni vessatorie. Le disposizioni della legge sono qui, l'abbiam visto, rigorosamente *tassative*, sia quanto alle

persone autorizzate alla opposizione, sia quanto alle cause per cui questa è ammessa. L'atto di opposizione non deve quindi avere efficacia di obbligare l'uffiziale dello stato civile a sospendere la celebrazione del matrimonio, se non quando quell'atto contenga in sè gli elementi per riconoscere che sia fatto da persona avente la qualità tassativamente richiesta dalla legge, e per una delle cause da questa determinate. Infatti vedremo, nell'art. 90 del cod. civ. non essere imposto all'uffiziale dello stato civile *di sospendere la celebrazione del matrimonio sino a sentenza passata in giudicato per la quale sia rimossa l'opposizione*, fuorchè quando questa sia fatta *da chi ne ha la facoltà e per causa ammessa dalla legge*. L'enunciazione di quelle qualità e cause, è dunque, non solo importantissima, ma *essenziale all'atto di opposizione*, il quale senza di ciò non potrebbe raggiungere il proprio scopo di obbligare l'uffiziale dello stato civile a sospendere la celebrazione del matrimonio. — Di che deriva una conseguenza gravissima; che cioè, quantunque non sia espresso nell'art. 88 surriferito, debbasi però ritenere non dubbia la nullità dell'atto di opposizione che non contenga l'enunciazione della qualità dell'opponente e delle cause dell'opposizione; poichè, quantunque in generale le nullità degli atti di procedura non possano essere che *testuali*, è però ammesso potersi sempre annullare gli *atti i quali manchino degli elementi che ne costituiscono l'essenza* (art. 56, cod. proc. civ.).

La terza formalità voluta dall'art. 88, cod. civ., consistente nella elezione di domicilio *nel Comune ove siede il Tribunale nel cui territorio si deve celebrare il matrimonio*, ha per fine di agevolare la via al futuro sposo, che voglia far rimuovere l'opposizione, senza esser costretto a portare la sua azione davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui l'opponente abbia domicilio generale o residenza, ed in quel luogo, che potrebb'essere a distanza considerevole, notificare all'opponente gli atti necessari. Questa disposizione dell'art. 88 deve quindi riguardarsi come *attributiva*

di giurisdizione; di guisa che l'avere l'opponente mancato di fare nell'atto la elezione di domicilio voluta dalla legge, non potrebbe certamente privare lo sposo, contro il quale l'opposizione è diretta, della facoltà di agire, per farla rimuovere, *davanti al Tribunale nel cui territorio devesi celebrare il matrimonio*. Ma si deve spingersi fino a ritenere che la mancanza di elezione del domicilio produca la *nullità dell'atto di opposizione?* Qualcuno lo ha ritenuto, appoggiandosi all'autorità dei giureconsulti Francesi (1). Ma è da avvertire che l'art. 176 del codice Francese dichiarava espressamente quella nullità. Ciò non essendo stato ripetuto nell'art. 88 del codice nostro, sembra d'altra parte che sarebbe difficile propugnare la *nullità virtuale*, pretendendo che l'elezione di domicilio, a termini dell'art. 88, dovesse considerarsi come un *elemento che costituisca l'essenza dell'atto di opposizione.*

Gli autori Francesi preoccupavansi anche del dubbio, che quella legislazione lasciava, intorno al luogo in cui dovesse farsi dall'opponente la elezione di domicilio, qualora la celebrazione del matrimonio potesse farsi ugualmente in diversi luoghi perchè i due sposi avessero domicilio in Comuni differenti, ovvero l'un di essi od amendue avessero, oltre al loro domicilio ordinario, una residenza di più che sei mesi in altro luogo. E non ostante qualche diversità di opinioni, era prevalente questa: che se il luogo in cui sarebbesi celebrato il matrimonio fosse enunciato nell'atto delle pubblicazioni, bastasse che l'opponente eleggesse domicilio in quel luogo; altrimenti bastasse ancora eleggerlo nel luogo di *domicilio reale dello sposo contro il quale l'opposizione fosse diretta;* quantunque per maggior sicurezza fosse preferibile che l'opponente eleggesse domicilio nei diversi Comuni in cui il matrimonio potesse essere

---

(1) Pacifici-Mazzoni, *Istituz.* (2ª ediz.), II, 137; il quale si limita ad *affermare* di nuovo che " se l'atto di opposizione manchi d'un solo di quei " tre elementi, sarà nullo per difetto di forma ".
Nel senso da noi sostenuto, v. Ricci, *Dir. civ.*, I, 101.

celebrato. Questa dottrina è stata seguìta anche sotto il codice nostro (1); non avvertendo forse alle disposizioni sull'ordinamento dello stato civile, secondo le quali l'ufficiale dello stato civile davanti a cui devesi celebrare il matrimonio, sebbene possa essere tanto quello del luogo di domicilio quanto quello del luogo di residenza dell'uno o dell'altro degli sposi (art. 93, cod. civ.), è però determinato invariabilmente dall'atto di richiesta delle pubblicazioni; la quale richiesta devesi fare *all'ufficiale dello stato civile davanti al quale gli sposi celebreranno il matrimonio* (art. 65 del R. decreto 15 novembre 1865, n. 2602) e l'atto di pubblicazione deve poi contenere fra le altre enunciazioni quella dell'*uffiziale dello stato civile davanti al quale sarà celebrato il matrimonio* (art. 84, § 2 di detto decreto). Queste disposizioni tolgono quindi ogni difficoltà; perchè il luogo in cui il matrimonio dovrà celebrarsi è necessariamente stabilito e dev'essere annunciato nell'atto delle pubblicazioni, prima che si faccia luogo alle opposizioni che fossero del caso.

135. Compilato nelle forme ora dimostrate l'atto di opposizione, bisogna naturalmente ch'esso sia notificato alle parti, affinchè possano provvedere al loro interesse, ed all'ufficiale dello stato civile acciocchè l'opposizione ottenga l'effetto a cui è destinata, di *far sospendere la celebrazione del matrimonio*. Perciò l'art. 89 del codice civile dispone che:

“ L'atto sarà notificato nella forma delle citazioni agli “ sposi e all'uffiziale dello stato civile, dinanzi al quale il “ matrimonio deve essere celebrato „.

Dev'essere notificato *ad amendue gli sposi;* a quello contro il quale l'opposizione è diretta, acciocchè possa, se lo crede opportuno, agire giudizialmente per farla rimuovere; all'altro, perchè egli pure ha interesse a conoscere

(1) Pacifici-Mazzoni, loc. cit.

gli ostacoli che si elevano contro il suo progetto di matrimonio, e d'altronde la determinazione ch'egli potrebbe prendere in seguito alla fatta opposizione (quantunque non fondata in merito) di desistere da quel progetto, potrebbe risparmiare il procedimento per far rimuovere l'opposizione, che diverrebbe inutile. Per lo sposo minore di età la notificazione dovrebb'esser fatta a chi lo rappresentasse legittimamente (1).

Deve poi anche essere notificato l'atto nella stessa forma all'*uffiziale dello stato civile dinanzi al quale il matrimonio deve essere celebrato;* e dopo le cose esposte nel numero precedente non abbiam qui bisogno di ripetere, che nessun dubbio può nascere secondo la nostra legislazione intorno a determinare quale sia questo uffiziale, nè può mai accadere di dover fare, o per necessità o per prudenza, la notificazione dell'opposizione a più uffiziali dello stato civile (2). È da osservare soltanto come potendo avvenire che si celebri il matrimonio, per delegazione dell'uffiziale di stato civile competente, da quello di altro Comune dove sia necessario o conveniente che quella celebrazione si faccia (art. 96, cod. civ.), può allora notificarsi l'opposizione tanto all'uffiziale delegato quanto al delegante (art. 92, § 2 del regio decreto 15 novembre 1865, n. 2602). L'opposizione ottiene infatti ugualmente il suo scopo anche così; poichè l'uffiziale delegato, al quale è notificata l'opposizione, deve astenersi dal procedere alla celebrazione del matrimonio di cui fu richiesto, e *restituire all'ufficiale delegante la richiesta fattagli coll'atto di opposizione a lui notificato* (d° art. 92, § 2 del decreto 15 novembre 1865, n. 2602). Ed anzi sarà più prudente notificar sempre, in tali casi, l'opposizione

---

(1) V. Proc. verb., n. 7, § 7, pag. 80.

(2) Non sembra quindi fondata la soluzione accolta dal Borsari (*Comm.*, I, art. 89, § 246, B), il quale ritiene che la notificazione possa farsi liberamente all'uno o all'altro degli ufficiali di stato civile dei Comuni di residenza o domicilio degli sposi, in quanto basti (come egli dice) l'*abito* e non si richieda l'*atto* della competenza di lui.

anche all' ufficiale delegato, il quale altrimenti potrebbe procedere alla celebrazione, se non gli arrivasse in tempo la revoca della delegazione in seguito alla opposizione che fosse stata significata solo all'uffiziale delegante.

Agli uffiziali di stato civile d'altri Comuni in cui siasi pure dovuto fare le pubblicazioni, a termini dell'art. 71, cod. civ., non è punto necessario di notificare l'opposizione; nè l'averla notificata a loro potrebbe bastare per assicurarsi dell'effetto di far sospendere la celebrazione del matrimonio. Infatti è solo all'ufficiale dello stato civile davanti a cui si deve celebrare il matrimonio, che il decreto sull'ordinamento dello stato civile impone di stendere un certificato il quale comprovi *le seguite pubblicazioni nel suo comune* ed inoltre *la niuna opposizione a lui notificata* (art. 89, § 3), mentre per gli uffiziali di stato civile che siano stati richiesti delle pubblicazioni è detto soltanto che " il *certi-* " *ficato delle eseguite pubblicazioni*, da rilasciarsi alla parte, " *esprimerà che l'atto vi rimase affisso per tutto il tempo* " *stabilito dalla legge* ".

Tuttavia se l'opposizione venisse notificata anche ad uffiziali di stato civile che avessero, dietro richiesta, fatte eseguire le pubblicazioni d'un matrimonio da celebrarsi davanti ad un altro uffiziale, sarebbe conveniente che a lui facessero quelli pervenire l'atto di opposizione di cui avessero ricevuta la notificazione; senza che però l'omissione di tale diligenza potesse esporli a veruna sanzione penale.

La mancanza delle notificazioni prescritte dall'art. 89 avrebbe naturalmente per effetto di rendere *inefficace* l'atto di opposizione. Ciò esige però qualche schiarimento. Sarebbe inefficace, dicevamo, *l'atto* di opposizione, senza che tuttavia potesse dirsi per questo perduto *il diritto* della opposizione. È vero pertanto ciò che insegnano taluni scrittori; che se l'atto di opposizione fosse notificato ai soli sposi, e non all'uffiziale dello stato civile, questi potrebbe e dovrebbe procedere alla celebrazione del matrimonio, poichè

per lui non esisterebbe opposizione; che se, invece, l'opposizione fosse notificata all'ufficiale e non agli sposi, l'ufficiale medesimo non potendo rendersi giudice della efficacia della opposizione a lui notificata, dovrebbe soprassedere, attendendo che l'autorità giudiziaria si pronunciasse sulla questione, la quale autorità giudiziaria tuttavia dovrebbe decidere considerarsi l'opposizione come non avvenuta (1). Tutto ciò è anche conforme, per noi, al disposto dell'art. 91, R. decreto sull'ordinamento dello stato civile 15 novembre 1865, secondo cui: “ Quando sia notificato un atto di op- “ posizione *all'uffiziale dello stato civile,* questi sospende la “ celebrazione del matrimonio a norma dell'art. 90 del “ codice civile „. Il che dimostra essere sopratutto dalla notificazione fatta all'uffiziale richiesto della celebrazione, che dipende l'effetto sospensivo della opposizione. — Ma è anche vero, ci sembra, che nel caso di opposizione notificata al solo uffiziale, la irregolarità che, per la mancata notifica agli sposi, potrebbe far dichiarare dal Tribunale inefficace la opposizione, riguarderà soltanto l'atto, senza distruggere il diritto medesimo della opposizione; la quale dunque potrebbe ancora spiegarsi efficacemente, riparando alla omessa notificazione agli sposi, fino al termine utile, cioè finchè il matrimonio non sia effettivamente celebrato (art. 92, § 1, regio decreto citato).

136. *c*) L'effetto naturale della opposizione, quello che non potevasi a meno di attribuirle affinchè conseguisse lo scopo a cui è diretta, leggesi espresso nell'art. 90 del codice civile, in queste parole: “ L'opposizione fatta *da chi* “ *ne ha la facoltà, per causa ammessa dalla legge, sospende* “ *la celebrazione del matrimonio* fino a sentenza passata in “ giudicato, per la quale sia rimossa l'opposizione „.

In diritto Francese era controverso se l'uffiziale dello

(1) Laurent, II, 394; Pacifici-Mazzoni, *Istituz.* (2ª ediz.), II, 137 in fine; De-Filippis, op. cit., IX, 169.

stato civile dovesse sospendere la celebrazione del matrimonio, o potesse passar sopra ad un'opposizione il cui atto fosse nullo per la forma, o fatto da persona che non avesse la qualità voluta dalla legge, o per una causa che non fosse tra quelle dalla legge medesima tassativamente determinate. Prevaleva però il concetto che l'ufficiale dello stato civile non potesse mai costituirsi giudice nè della forma, nè del merito dell'opposizione, nè della qualità giuridica dell'opponente, ogni volta che sull'uno o sull'altro di questi punti potesse farsi luogo a questione, la quale non potesse essere risolta che dall'autorità giudiziaria competente; che solo potesse passar oltre, senza incorrere in veruna responsabilità, quando la fatta opposizione non avesse *nemmeno l'apparenza della regolarità*, sia per la qualità della persona opponente, sia per la causa dell'opposizione, sia per la forma estrinseca dell'atto. Così ammettevasi che l'uffiziale dello stato civile potesse e dovesse procedere al matrimonio, non curando una opposizione che provenisse da un estraneo o da un affine, o da un nipote contro il matrimonio dello zio, o che fosse fatta da un fratello per causa non legale, ad esempio per la disparità di condizione fra gli sposi, o che non fosse notificata regolarmente, ma fatta verbalmente o per lettera missiva. Ma ritenevasi al contrario che l'uffiziale dello stato civile dovesse sospendere la celebrazione del matrimonio fino a che l'autorità giudiziaria competente non avesse respinta l'opposizione, se per esempio questa fosse mossa dal tutore, quando fosse ancora vivente un ascendente dello sposo, potendo esservi questione se l'ascendente fosse o no nella impossibilità di manifestare la propria volontà, mentre in caso affermativo il tutore avrebbe pure qualità per opporsi; se della causa allegata potesse dubitarsi che fosse o no compresa tra quelle determinate dalla legge come impedimenti al matrimonio, o fosse tra le contemplate ma fosse comunque dubbia la sua reale esistenza; se delle forme prescritte dalla legge per l'atto di opposizione, ne mancasse qualcuna

di cui fosse contestabile se dovesse o no riguardarsi come prescritta a pena di nullità, ecc. (1).

Questa dottrina è stata manifestamente adottata anche dal codice Italiano; come lo appalesa l'essersi dichiarato nell'art. 90 surriferito che l'opposizione ha per effetto di sospendere la celebrazione del matrimonio solamente quando sia *fatta da chi ne ha la facoltà, per causa ammessa dalla legge*. E più chiaramente ancora fu ripetuto il concetto medesimo nell'art. 91 del decreto 15 novembre 1865 sull'ordinamento dello stato civile, dove si disse che l'uffiziale dello stato civile a cui sia notificato un atto di opposizione " sospende la celebrazione del matrimonio, a norma " dell'art. 90 del codice civile, *se l'opposizione sia fatta da " chi ne ha facoltà e per causa ammessa dalla legge* " (2).

È evidente però non potersi intendere queste espressioni nel senso che l'uffiziale dello stato civile abbia a rendersi giudice della esistenza e legittimità della qualità addotta all'opponente, o della realtà e legalità della causa addotta come fondamento dell'opposizione. Tutto ciò eccederebbe manifestamente le attribuzioni proprie di quel funzionario. Egli deve fermarsi alla semplice ispezione dell'atto di opposizione che gli è notificato; e solamente quando le enunciazioni stesse contenute in quell'atto rivelino indubbiamente che l'opponente manchi della qualità senza la quale la facoltà di opporsi non è conceduta, o che la causa dell'opposizione sia affatto estranea a quelle che per disposizione di legge costituiscono impedimento al matrimonio, solamente allora potrà, senza incorrere in veruna responsabilità, procedere oltre alla celebrazione. E quantunque la legge non lo esprima, non pare potersi esitare ad ammettere che anche quando l'atto di opposizione pecchi nella forma estrinseca,

---

(1) Cf. con qualche divario nei particolari, Marcadé, art. 176, § 6, t. I, n. 608, pag. 447; Demolombe, t. III, n. 163; Laurent, II, 396; contr. Aubry e Rau sur Zachariae, § 456, nª 1.

(2) V. anche Pacifici-Mazzoni, op. cit., II, 138; Ricci, I, 102; Borsari, art. 90, § 247.

non già per semplice irregolarità nelle forme volute dalla legge, delle quali possa esser questione se il loro difetto produca o no nullità dell'opposizione, ma per mancanza assoluta di tali formalità (perchè, per esempio, l'opposizione non sia notificata con atto d'usciere, come prescrive l'art. 89 del codice civile, ma sia stata semplicemente denunciata o verbalmente o per lettera missiva), l'uffiziale dello stato civile non debba avere alcun riguardo a questo preteso atto di opposizione, che mancherebbe affatto delle condizioni estrinseche necessarie a costituirlo giuridicamente.

Ma invece, se l'atto di opposizione notificato abbia le apparenze di regolarità: se per ritenerlo nullo nella forma, od inattendibile in merito, sia necessario emettere un giudizio che per natura delle cose deve appartenere soltanto all'autorità giudiziaria competente; l'uffiziale dello stato civile non potrà trascurarlo e procedere alla celebrazione del matrimonio senza che prima con sentenza passata in giudicato sia stata rimossa l'opposizione. Altrimenti egli si esporrebbe alle sanzioni penali stabilite pel caso in cui celebri un matrimonio al quale sappia ostare un *divieto stabilito dalla legge* (art. 124, cod. civ.). Nè sarebbe solo allorquando fosse ammessa l'opposizione, ch'egli incorrerebbe in tale penalità; ma quand'anche l'opposizione fosse respinta, l'uffiziale dello stato civile sarebbe sempre responsabile, a tenore di detto art. 124, per avere celebrato un matrimonio a cui sapeva ostare l'impedimento derivante dall'opposizione a norma dell'art. 90, codice civile.

Il divieto all'uffiziale dello stato civile, di celebrare il matrimonio, dura, secondo i termini espressi dell'art. 90, cod. civ., *sino a sentenza passata in giudicato, per la quale sia rimossa l'opposizione* (1).

La sentenza di reiezione dell'opposizione al matrimonio

---

(1) Sulla questione che concerne gli effetti del *ricorso in cassazione* contro tale sentenza, v. il n. seguente.

avrà acquistato forza di giudicato non solamente quando sia stata pronunziata in grado di appello, ma eziandio qualora sia trascorso il termine speciale di quindici giorni dalla notificazione della sentenza del Tribunale, termine che è prefisso per l'appellazione da tale sentenza, secondo il disposto dell'art. 797 del cod. di procedura civile. Il che del resto è applicabile anche alla sentenza pronunziata in contumacia dell'opponente, quando inoltre sia trascorso il termine per farvi opposizione. Fu per togliere ogni dubbio intorno a quest'ultimo punto, che la Commissione coordinatrice modificò la espressione dell'art. 99 del progetto, che parlava di " sentenza definitiva passata in giudicato " che *dichiari potersi procedere al matrimonio* „ e vi sostituì la formula più generale " sentenza passata in giudicato *per " la quale sia rimossa la opposizione* „ formola che abbraccia sicuramente anche la sentenza di pura contumacia, della quale non potrebbe dirsi con esattezza che *dichiari potersi procedere al matrimonio* (1).

137. *d*) L'impedimento al matrimonio cessa quando *sia rimossa l'opposizione;* il che può avvenire, non solo in forza di sentenza passata in giudicato, ma eziandio per *desistenza volontaria* dell'opponente. Questi infatti, durante il giudizio sulla opposizione, può *rinunziare agli atti*, ed anche prima che sia promosso il giudizio dallo sposo contro cui l'opposizione è diretta, può rivocarla.

La *rinunzia agli atti del giudizio* di opposizione deve essere fatta a termini degli articoli 343 al 345 del codice di procedura civile, e dev'esserne presentato l'atto all'uffiziale dello stato civile richiesto della celebrazione del matrimonio, per essere unito come allegato all'atto del matrimonio stesso facendone annotazione in margine del processo verbale di richiesta delle pubblicazioni (art. 93 del decreto 15 novembre 1865, n° 2602). Pel caso in cui

---

(1) V. Proc. verb., n. 7, § 8, pag. 80.

si tratti, non di rinunzia agli atti del giudizio che sia già stato promosso per la reiezione della opposizione, ma di una semplice revoca di questa, nulla è disposto espressamente nè dal codice civile nè dal decreto sull'ordinamento dello stato civile.

Sembra però potersi ammettere ciò che era ritenuto a questo proposito in diritto Francese; che cioè si richiedano per la revoca dell'opposizione quelle stesse forme che sono necessarie, sia per la prestazione del consenso al matrimonio altrui, sia per la opposizione medesima; che quindi la revoca possa farsi con atto separato, purchè autentico, ovvero possa essere notificata all'ufficiale dello stato civile nella forma stessa in cui gli fu significata l'opposizione a tenore dell'art. 89, cod. civile; e finalmente possa anche farsi comparendo l'opponente in persona davanti all'uffiziale dello stato civile e prestando il consenso all'atto della celebrazione del matrimonio (1).

Tutto ciò ha luogo naturalmente quando sia la mancanza di consenso dell'opponente medesimo o del consiglio di famiglia che costituisca la causa dell'opposizione; chè allora, la rinunzia agli atti del giudizio di opposizione, o la revoca di questa equivalendo a consenso, distrugge fondamentalmente ogni causa d'impedimento a quel matrimonio. — Ma qualora l'opposizione fosse fondata sull'esistenza di un altro impedimento qualunque, anche solo proibitivo, che la rinunzia volontaria all'opposizione non facesse cessare, l'uffiziale dello stato civile dovrebbe, non ostante quella rinunzia, persistere nel rifiutarsi alla celebrazione (art. 98, 124, cod. civ.).

Se l'opposizione non è rimossa per atto volontario dell'opponente, è necessario che la parte interessata, se persista nel voler procedere al matrimonio, provochi la reiezione dell'opposizione coi mezzi giudiziali.

---

(1) Marcadé, art. 67, t. I, n. 609, pag. 448; Demolombe, t. III, n. 164; Laurent, II, 397; Pacifici-Mazzoni, *Istituz.* (2ª ediz.), II, 139.

Per *parte interessata* devesi però qui intendere soltanto *quello degli sposi contro il quale personalmente fu diretta l'opposizione;* poichè l'altro non potendo avere azione per costringerlo all'adempimento della promessa di matrimonio (art. 53, cod. civ.) non avrebbe neppure interesse a far dichiarare respinta l'opposizione, se quegli contro cui fu diretta vi si acquietasse ed abbandonasse il progetto di matrimonio che aveva divisato.

Lo sposo contro cui fu diretta l'opposizione, rendendosi attore, può citare l'opponente tanto davanti al tribunale del luogo dove questi deve avere eletto domicilio, a termini dell'art. 88, cod. civ., quanto davanti al tribunale del luogo di domicilio generale o di residenza dell'opponente.

Nel giudizio devesi osservare il *procedimento sommario.* Il termine per appellare dalla sentenza che rigettò l'opposizione è di quindici giorni dalla notificazione della sentenza stessa. L'atto di appello deve contenere citazione a comparire in via sommaria in un termine non minore di cinque giorni nè maggiore di quindici (art. 797, cod. proc. civ.). Tutto ciò per ottenere la massima celerità possibile nel giudizio che è promosso al fine di rimuovere l'opposizione.

La sentenza, com'è suscettibile di appellazione, la è pure di *opposizione* se sia stata pronunciata in contumacia.

137 *bis.* Le parti possono altresì impugnare la sentenza col mezzo straordinario del ricorso in *cassazione.* Ma qui si presentano due questioni importanti e fortemente dibattute. — *a*) Se rimossa l'opposizione con sentenza profferita in grado di appello, ma soggetta al ricorso per cassazione, si abbia quella sentenza *passata in giudicato,* che autorizza la celebrazione del matrimonio, a termini dell'art. 90. — *b*) Se il matrimonio che, in ipotesi, venga celebrato dopo quella sentenza, nonostante la proponibilità o la pendenza del ricorso in cassazione, debba poi ritenersi valido od essere annullato, nel caso che venga cassata la sentenza con cui era stata respinta l'opposizione.

a) La prima questione, su cui sono profondamente divise dottrina e giurisprudenza (specialmente in Italia) appartiene più veramente al campo della procedura; perciò dobbiamo limitarci a cenni sommari. — La ragione di dubitare nasce da ciò, che il ricorso in cassazione è un rimedio *straordinario* di riparazione (art. 465, cod. proc. civ.), e *non ha effetto sospensivo* sulla esecuzione della sentenza, *salvo i casi eccettuati dalla legge* (art. 520, cod. proc.). Sicchè parrebbe che, tra questi casi di *eccezione* non essendo annoverata la materia delle opposizioni (1), fosse permessa la celebrazione del matrimonio, malgrado la pendenza del ricorso contro la sentenza che abbia rimossa l'opposizione. Ma d'altro lato l'art. 90, cod. civ., esige che l'opposizione sia rimossa con sentenza *passata in giudicato* (espressione che si riscontra identicamente anche negli art. 403, 757, 812, 1945, 2036, cod. civ.); e resta quindi a sapere se come tale possa considerarsi una sentenza colla quale sono esauriti i gradi ordinari di giurisdizione, ma che è suscettibile di denunzia in sede di cassazione (2).

Per chiarire il dubbio, a noi sembra che dobbiamo innanzi tutto guardarci dal confondere e ritenere equivalenti fra loro, da un lato i concetti di sentenza *eseguibile* e di sentenza *passata in giudicato*, dall'altro i concetti di sentenza *passata in giudicato* e di sentenza avente *autorità di giudicato*. — Sotto il primo aspetto infatti par chiaro che la forza esecutiva di una sentenza non basta per attribuirle carattere di cosa giudicata. La eseguibilità infatti può pure essere conferita, in casi determinati, alle sentenze di prima

(1) Sarebbe stata invece annoverata espressamente nel progetto De-Falco, e nel progetto Vigliani, presentato alla Camera il 15 aprile 1875, sulla istituzione della Corte suprema, secondo i quali “ il ricorso per cassazione non “ sospende l'esecuzione della sentenza impugnata, *salvo i casi concernenti* “ *la nullità di matrimonio* e gli altri eccettuati dalla legge „.

(2) Si noti che nel codice Francese (art. 172-179) non si trova alcuna disposizione analoga a quella del nostro art. 90. Ciò spiega come in Francia la questione proposta non presenti altrettanta difficoltà come per noi: giacchè la dottrina e la giurisprudenza francese si trovano di fronte soltanto alla regola che il ricorso per cassazione non ha effetto sospensivo.

istanza, quantunque impugnabili di diritto coll'appello, mediante concessione speciale della stessa autorità giudicante (art. 363 e seg., cod. proc. civ.). E nessuno pensa per questo a sostenere che la sentenza emessa da un tribunale o da un pretore, colla clausola di esecuzione provvisoria, possa qualificarsi, *in pendenza* dell'appello, come sentenza passata in giudicato (1). Perciò sembra che in realtà non esista una correlazione perfetta tra la inefficacia di un mezzo di reclamo a sospendere la esecuzione della sentenza, ossia la eseguibilità di essa nonostante il reclamo, e il potersi considerare la sentenza come passata in giudicato; sono due cose distinte fra loro.

Quanto poi al confronto di cosa giudicata e di autorità di giudicato, importa non meno di evitare gli equivoci.

Prendendo infatti questa nozione in senso largo, potrebbe anche accettarsi la idea, così calorosamente difesa dal *Marcadé* (2), che l'autorità del giudicato è un attributo naturale di ogni sentenza, di prima o seconda istanza, la quale sia bensì impugnabile, ma non effettivamente impugnata; nel senso che quella sentenza basterebbe intanto per respingere la domanda che una delle parti pretendesse riproporre di nuovo; nel senso cioè che la parte può bensì attaccare quella sentenza, ma non lasciarla stare negandole il valore e l'autorità del giudicato. Ogni sentenza, in altri termini, costituisce un giudicato; ed ogni sentenza ha, necessariamente, una sua propria autorità, maggiore o minore. Ma evidentemente non è in questo senso ampio e generico che può essere determinato il concetto della *cosa giudicata* o della sentenza *passata in giudicato;* poichè tale può considerarsi solamente quella a cui vada congiunta una *presunzione piena* di verità (cf. art. 1350, n. 3°, cod. civ.).

---

(1) Si osservi anche come tra i diversi casi contemplati dall'art. 363, cod. proc., per la esecuzione provvisoria delle sentenze, alcuni (n. 1) siano fondati sopra una *probabilità* di verità del pronunciato, altri soltanto sopra considerazioni di urgenza.

(2) *Comm. cod. Napol.*, V, art. 1351, n. 1; cf. anche MATTIROLO, *Dir. giudiz.* (3ª ediz.), V, 21, 22.

Ora se, come poco sopra fu osservato, la eseguibilità (in sostanza, provvisoria pur essa) della sentenza di appello, non è argomento efficace per attribuire ad essa il valore di cosa giudicata; non resta, ci sembra, che la considerazione della natura propria del rimedio per cassazione ammesso contro quella sentenza, quale criterio per determinare il grado di autorità che compete alla sentenza di appello, durante la possibilità della cassazione.

E su questo crediamo anche noi che la valutazione potrebbe essere diversa di fronte alla logica del diritto, e di fronte ai criterii del diritto positivo. In teoria, sarebbe per lo meno sostenibile seriamente che la *cosa giudicata* si abbia soltanto colla sentenza che chiude *definitivamente* la controversia (1), cioè colla sentenza divenuta *irretrattabile*. Secondo la logica infatti, se la cosa giudicata è basata sopra una presunzione di verità, direbbe con ragione il *Laurent* che non è ammissibile una verità *temporaria*, la quale possa essere distrutta da un momento all'altro; poichè la verità è eterna o non esiste (2).

Ma questo non basta per la interpretazione della legge positiva. Rispetto alla quale ha già valore non piccolo il considerare che la dottrina comunemente ricevuta, anteriormente al codice nostro, attribuiva il carattere di cosa giudicata alle sentenze emesse in grado di appello, tuttochè impugnabili od impugnate col mezzo straordinario del ricorso per cassazione (3); dottrina la quale prendeva così

---

(1) “ *Res judicata dicitur quae finem controversiarum pronunciatione* “ *judicis accipit* „ (L. 1, D. *de re judic.*, XLII, 1).

(2) LAURENT, XX, 18. Osservazione che egli muove realmente contro la dottrina dianzi ricordata dal MARCADÉ, cioè per negare che abbiano valore di cosa giudicata le sentenze di prima istanza, impugnabili ma non impugnate in appello. Però questa stessa osservazione che il LAURENT sembra dimenticare poco appresso (n. 20), logicamente condurrebbe pure a negare l'autorità della cosa giudicata alle sentenze di appello soggette al ricorso per cassazione.

(3) Cf. CARRÉ, *Lois de la procédure* (Bruxelles, 1841), IV, quest. 1583; DALLOZ, *Rép.* v° *chose jugée*, n. 58; TOULLIER, X, n. 100; DURANTON, XIII, 657; LAROMBIÈRE, *Des obligat.*, art. 1531, n. 3; AUBRY e RAU, § 769; DEMOLOMBE XX, 388, LAURENT, XX, 18.

un partito medio fra la tesi sostenuta dal Bonnier, secondo cui non si dovrebbe ammettere la cosa giudicata, se non siano esauriti o decaduti tutti i mezzi di ricorso anche straordinari (1) e l'altra già accennata dal *Marcadé*, che ammetterebbe la cosa giudicata anche per le sentenze di prima istanza, finchè non siano attaccate. E la influenza di quella dottrina comune sull'intendimento della legislazione nostra, è infatti attestata chiaramente nella relazione Pisanelli al Senato sul progetto del codice di procedura, ove dicesi: " Ad ogni controversia giuridica è prestabilito " un solo giudizio. Questo può sibbene passarsi dal primo " al secondo grado di giurisdizione, mediante l'appello; " ma superato un tale rimedio, o rinunciandovi la parte, " il giudizio riceve il suo compimento, *e trova un termine* " *assoluto nel giudicato*, dopo il quale ogni discussione di " merito, ogni prova in contrario per qualsiasi documento " diventa impossibile „.

Il medesimo pensiero apparisce ripetutamente anche nei lavori preparatorii del codice civile. È notevole infatti che nel progetto ministeriale di questo codice, l'art. 99 (art. 90 del testo del vigente) era formulato così: " L'opposizione " fatta da chi ne ha la facoltà per causa ammessa dalla " legge, sospende la celebrazione del matrimonio sino a " sentenza *definitiva* passata in giudicato, che dichiari po- " tersi procedere al matrimonio „. Ora quell'inciso: " *defi-* " *nitiva* „ — che pure sarebbe stato giustificato e lodevole conservare — fu abbandonato, come vedesi, nella redazione ultima del testo (2). — Anche in ordine all'art. 812 — surricordato — del codice civile, riapparisce nelle discussioni della Commissione di coordinamento l'idea che sentenza passata in giudicato sia la sentenza di seconda istanza; essendosi detto che non si deve derogare " al prin- " cipio generale per cui le sentenze non devono produrre

(1) Bonnier, *Des preuves*, n. 861.
(2) Processi verbali della Commissione coordinatrice, verb. XX, § 6, 4°.

" effetto sintanto che non siano *passate in giudicato*... essen-
" dovi di mezzo l'onore del coniuge, ordinariamente della
" moglie, a cui non potrebbe imprimersi il marchio di
" adultera, privandola della legittima *sulla fede di una*
" *prima sentenza*, che può essere talvolta ingiusta ed
" erronea, e della quale converrebbe sempre lasciarle il di-
" ritto di chiedere la riforma, per tutelare il suo onore „ (1).

A questo aspetto della questione si collega naturalmente l'altro dipendente dal concetto seguìto dalla legislazione nostra, per la quale il giudizio di appello è giudizio *di ultima istanza*, il ricorso per cassazione un mezzo *straordinario* per impugnare le sentenze; in quanto che il primo implica la continuazione dell'istruttoria, il secondo (insieme alla revocazione e alla opposizione di terzo) consiste in una revisione del processo, a istruttoria chiusa. La critica potrà disapprovare, *de jure condendo*, questa classificazione, e trovare che nella realtà delle cose il giudizio di prima istanza, di appello e di cassazione, sono fasi normali e ordinarie del procedimento. Ma in diritto costituito, e sopratutto per la terminologia della legge, dato il concetto che la cassazione sia un rimedio straordinario, non sembra potersi negare che al pronunciato dei giudici di ultima istanza si connetta l'autorità della cosa giudicata, sebbene non assolutamente irrevocabile, si connetta cioè *una presunzione piena* di verità, benchè ancora vincibile con un mezzo che la legge reputa eccezionale.

Questi cenni valgono, secondo noi, a stabilire la base e i criterii direttivi della questione. Altri argomenti particolari furono invocati, in un senso e nell'altro, pei termini usati negli art. 309, 341, 561, 750, cod. proc. civ.; sui quali però non ci estenderemo, per la ragione già accennata. Avvertiremo solo che fra questi sembra pure a noi più fondato l'argomento risultante dall'art. 750 del codice di procedura, il quale porta:

---

(1) Processi verbali, n. XXXII, § 1.

" Non può eseguirsi l'arresto personale, se non in forza
" di *sentenza passata in giudicato*...

" Il ricorso per cassazione e la domanda per revocazione
" *sospendono la esecuzione dell'arresto*, salvo che sia stata
" ordinata la esecuzione provvisoria dell'arresto „.

Sembra difficile realmente negare, in base a questo articolo, il concetto della legge, che la sentenza di appello impugnabile per cassazione costituisca una sentenza passata in giudicato; poichè altrimenti, se la legge cioè considerasse come sentenza passata in giudicato solo quella che non sia attaccabile neppure con mezzi straordinari, ad escludere la esecuzione dell'arresto personale pendente il ricorso in cassazione, sarebbe bastata la prima parte dell'art. 750, la quale richiede appunto una sentenza passata in giudicato, e sarebbe stato quindi, più che superfluo, assurdo l'aggiungere nel capoverso che il ricorso per cassazione impedisce l'esecuzione dell'arresto.

Per queste brevi considerazioni riteniamo anche noi che nel pensiero e secondo il linguaggio della legge nostra, la espressione *sentenza passata in giudicato* significhi sentenza che ha percorso i gradi ordinari di giurisdizione, tuttochè impugnabile ancora coi mezzi straordinari (1). — La opinione contraria, che tende a prevalere in giurisprudenza (2), per quanto possa essere fondata sotto l'aspetto razionale,

---

(1) Cf., oltre gli autori francesi sovracitati — Borsari, *Comm. Cod. civ.*, I, art. 90, § 248, e III, art. 1351, § 3318; Pacifici-Mazzoni, *Istituz.* (2ª ediz.), II, 141 (il quale però mutò in seguito di avviso; v. nota seguente); Buniva, *Delle persone* (Torino, 1871), I, pag. 189-190; Luzzati, *Della trascrizione* (2ª ediz.), II, 463-478; Mattirolo, *Dir. giudiz.* (3ª ediz.), IV, 887 e seguenti; De-Filippis, op. cit., IX, 172; Corte di Bologna, 21 dicembre 1869 (*Gazzetta dei trib.* di Genova, XXII, 307); Corte di Milano, 5 maggio 1876 (*Fôro ital.*, I, 1, 1272); Corte d'app. di Palermo, 23 maggio 1885 (*Legge*, 1885, 2, 563); Corte di Casale, 19 novembre 1886 (*Fôro ital.*, XII, *Repert.* v° *Sentenza civ.*, n° 115); Corte di Genova, 4 luglio 1890 (*Temi genov.*, II, 435).

(2) V. Ricci, *Dir. civ.*, I, 103; Pacifici-Mazzoni, *Istituz.* (3ª ediz.), II, 267; Polignani, monografia nella *Gazzetta dei Tribunali*, XXII, pag. 718; Cassazione di Napoli, 30 giugno 1868 (*Annali*, II, 1, 249), e 27 febbraio 1875; Bettini, XXVIII, 2, 795; Cassaz. di Roma, 30 maggio 1876 (*Fôro ital.*, I, 1, 1146); Cassaz. di Torino, 24 novembre 1880 (*Giurisprud.*, XVIII, 141).

non rappresenta che una correzione anticipata dalla legge scritta.

Dopo ciò importa tuttavia avvertire che per ovviare ai pericoli inerenti innegabilmente al sistema della legge, per quanto riflette l'applicazione dell'art. 90, cod. civ., fu emanata una Circolare ministeriale del 4 maggio 1871, la quale — in vista della accennata controversia — stabilisce che gli ufficiali dello stato civile non abbiano a procedere alla celebrazione del matrimonio, non ostante che con sentenza in grado d'appello sia stata rimossa l'opposizione, finchè non sia trascorso il termine pel ricorso in cassazione, e finchè sia pendente il giudizio relativo.

b) Supposto che — non tenendosi conto del dubbio ora esaminato — sia stato effettivamente celebrato un matrimonio, dopo rimossa l'opposizione con sentenza in appello, ma in pendenza del ricorso per cassazione, sorge la seconda domanda: se poi venga cassata la sentenza di appello, resterà annullato il matrimonio insieme alla sentenza che lo aveva autorizzato, o dovrà nonostante mantenersi valido, fino a giudizio definitivo in sede di rinvio?

Veramente il caso non sarà facile a verificarsi per noi, essendo stato ingiunto colla Circolare ministeriale sopra accennata agli ufficiali dello stato civile di astenersi dal procedere alla celebrazione del matrimonio, finchè l'opposizione sollevata contro di esso non sia risoluta del tutto coll'esaurimento del giudizio di cassazione. Tuttavia, dobbiamo soffermarci sul quesito, sia per ragione di principii, sia perchè non può essere assolutamente esclusa la possibilità che quel divieto venga trasgredito.

Precisiamo anzitutto i termini della questione, la quale verte naturalmente sugli effetti *della opposizione* per sè considerata, indipendentemente cioè dalla esistenza reale di una causa intrinseca di nullità di matrimonio. Ciò che si domanda è, se la esistenza della opposizione, tolta di mezzo colla sentenza di appello, ripristinata (almeno potenzialmente) colla sentenza di cassazione, sia sufficiente,

per ragione *di forma*, ad infirmare il matrimonio che nel frattempo sia stato celebrato. È in questo senso che la disputa si mantiene abbastanza forte e in Francia e da noi. — A sostenere l'annullabilità del matrimonio contratto in quelle circostanze, si adduce che la sentenza di cassazione, annullando la sentenza cassata, annulla necessariamente tutti gli atti che siano stati fatti *in conseguenza* di essa, e che il matrimonio essendosi potuto celebrare precisamente in appoggio della sentenza d'appello che rimuoveva l'opposizione, deve dunque subire la sorte comune degli atti compiuti sotto l'egida, non ancora sicura, di quella sentenza. Senza di ciò, si aggiunge, il rimedio della cassazione avrebbe un effetto illusorio; e mancherebbe ogni sanzione al precetto della legge riconosciuto colla sentenza di cassazione; giacchè, mentre il matrimonio resterebbe inattaccabile, nessuna sanzione penale colpirebbe neppure l'ufficiale di stato civile, il quale stante la esecutività della sentenza di appello che rimuoveva l'opposizione si fosse prestato alla celebrazione del matrimonio. Unico rimedio che resti, per riparare alle conseguenze dannose dell'annullamento, è dunque quello prestato dall'articolo 116, codice civile, pel caso di matrimonio annullato, ma contratto in buona fede (1). — A sostenere invece la validità del matrimonio così celebrato, si osserva che non avendo la sentenza di cassazione valore definitivo sulla *decisione della causa*, la quale dipende dall'esito del giudizio di rinvio (art. 544, cod. proc. civ.), è per ciò stesso repugnante ed inammessibile che si pronunci l'annullamento del matrimonio in via provvisoria, salvo forse autorizzarne poco appresso una seconda celebrazione. In conseguenza la sentenza di cassazione, annullando la sentenza di appello, non fa che *rimettere le parti nella stessa condizione* in cui erano, prima

---

(1) Per questa opinione, v. Marcadé, t. I, art. 178, n. 613-615; Aubry e Rau sur Zachariae, § 457; Pacifici-Mazzoni, *Istituz.* (1ª ediz.), L. I, n. 270; v. anche la 1ª ediz. di questo *Corso*, II, 130.

che la sentenza di appello avesse rimossa l'opposizione; e siccome la esistenza di una opposizione legale costituisce, per sè medesima, un impedimento semplicemente *proibitivo* (e non dirimente), così non si può accordare alla sentenza di cassazione, la quale cassa la sentenza, senza però statuire in merito, un effetto di nullità del matrimonio, che non deriverebbe neppure da una opposizione o ammessa o confermata in tutti i gradi di giurisdizione (1).

Come vedesi, le ragioni sono abbastanza serie in un senso e nell'altro. Prima di esporre l'avviso nostro sul gravissimo dubbio, giova rammentare che le opposizioni al matrimonio, da qualunque persona provengano, devono bensì essere basate sopra una causa *legale*, ma d'altro lato possono essere sollevate tanto per un ostacolo legale che importerebbe nullità del matrimonio (impedimento *dirimente*), quanto per un impedimento soltanto *proibitivo* (2). Tuttavia la diversa entità della causa che fu addotta come titolo della opposizione, non ha l'influenza che forse potrebbe credersi sulla questione proposta. Quand'anche infatti l'opposizione si fondi sopra un impedimento *dirimente*, certo è che il magistrato supremo, cassando la sentenza d'appello, non decide, propriamente, sull'esistenza reale di quell'impedimento. La cassazione può essere anche pronunciata solo per vizi formali della sentenza: e se pure sia dipesa da valutazione intrinseca della causa allegata a fondamento dell'opposizione, questo punto non resterà legalmente stabilito, se non dietro le sorti del giudizio di rinvio. In breve, la sentenza di cassazione non fa che ripristinare l'opposizione già sollevata, come se non fosse intervenuta la sentenza d'appello che l'aveva rimossa. Ciò stante, siccome siamo di fronte (si suppone) ad un matrimonio effettivamente celebrato nel frattempo, così è indubitabile che si

---

(1) Cf. Demolombe, III, 169-170; Laurent, II, 405; Pacifici-Mazzoni, *Istituz.* (2ª ediz.), II, 141 in fine; Borsari, *Comm.*, t. I, art. 90, § 248-249.

(2) V. sopra, n. 132, pag. 490.

tratta di trovare una causa di nullità *nuova ed ulteriore* nel fatto stesso dell'essersi celebrato il matrimonio, pendente l'opposizione.

Viene quindi spontanea la domanda, dove sia *il testo* di legge da cui risulti comminata la nullità del matrimonio che si celebri, passando sopra all'ostacolo di una domanda di opposizione; mentre sappiamo ormai che le disposizioni di legge a tale riguardo sono di stretta interpretazione; e mentre quindi non potrebbe ritenersi assodata la legittimità dell'annullamento in discorso, per la sola convenienza di non lasciare sprovvisto di sanzione il pronunciato della cassazione, stante la esecutività (e secondo noi l'autorità di cosa giudicata) inerente alla sentenza di appello che aveva rimossa l'opposizione. Potrebbe questo costituire non altro che una imprevidenza e un addebito *pel legislatore.* E del resto neppure può dirsi che manchi, per noi, ogni altra guarentigia alla forza legale dell'opposizione, dopo che una sentenza di appello l'abbia rimossa. Una guarentigia esiste nel divieto imposto agli ufficiali di stato civile colla citata Circolare del 4 maggio 1871.

Ma, a veder nostro, l'argomento più prossimo e più forte dipende da un'altra disposizione di legge. Assai più chiaramente che non la legge francese 20 novembre 1790 sull'ordinamento del tribunale di cassazione (art. 18-21), il nostro codice di procedura, all'art. 543, stabilisce che " La cassazione della sentenza importa *annullamento* delle " sentenze e *degli atti posteriori*, ai quali la sentenza cas- " sata *abbia servito di base* „. Non può essere negato, ci sembra, che un tale annullamento costituisce un effetto *immediato* e proprio della cassazione, e si produce di pien diritto, indipendentemente dalle vicende ulteriori del giudizio di rinvio. Inteso diversamente l'art. 543 perderebbe ogni significato, nè avrebbe ragione di essere; e d'altronde la sede medesima di questo articolo (che *precede* le norme relative al giudizio di rinvio) riconferma il concetto che l'annullamento di cui ivi è parola deriva in modo diretto

dalla sentenza di cassazione, indipendentemente dai futuri risultati del giudizio di rinvio (1). Crediamo quindi non errare, affermando che la questione in esame si riduce, per noi, a stabilire se il matrimonio celebrato in pendenza del ricorso per cassazione rientri o no nella categoria degli atti *a cui la sentenza cassata abbia servito di base*, e che dalla legge sono dichiarati senz'altro annullati.

E di fronte a questa disposizione di legge, sembra che apparisca anche meglio la insufficienza della obbiezione mossa specialmente da *Demolombe*, *Laurent* e *Borsari*, che sia cosa inammissibile e contraria all'importanza morale, del matrimonio, l'ammettere un annullamento *provvisorio*, in attesa del giudizio in sede di rinvio. Gli è chiaro, all'opposto, che l'annullamento sarebbe definitivo, rispetto alla celebrazione avvenuta. E la facoltà degli sposi di ripetere *ex-novo* la celebrazione del matrimonio, non sarebbe certo una ragione per impedire agli altri interessati di prevalersi, per ogni effetto legale, della nullità della celebrazione precedente, se tale nullità fosse per sè medesima fondata in diritto (2).

Così non resta veramente che risolvere il punto se l'atto del matrimonio celebrato in pendenza del ricorso per cassazione debba annoverarsi o no fra quelli *a cui la sentenza cassata abbia servito di base*, a senso dell'art. 543, codice proc. civ. — Ora, guardando alla portata di questa norma di legge, ci sembra che essa possa limitare bensì, ma non distruggere completamente l'altra norma fondamentale dell'art. 544, stesso codice, secondo cui la cassazione, annul-

---

(1) È da lamentare però che i nostri trattatisti di procedura civile diano assai scarso sviluppo alla norma fondamentale dell'art. 543. Cf. Mattirolo, *Dir. giudiz.* (3ª ediz.), IV, 929-930; Ricci, *Comm. Cod. proc. civ.*, II, 676; Cuzzeri, *Comm.*, art. 543; Gargiulo, *Comm.*, art. 543.

(2) È da notare altresì che la possibilità dell'annullamento di un matrimonio e di una successiva rinnovazione di esso, si presenta naturalmente per ogni caso in cui il matrimonio sia infetto di una nullità di sua natura *non perpetua*. Così se il matrimonio venga impugnato per difetto di età o per causa d'interdizione, prima che siano verificate le circostanze che valgono a sanarlo, a termini degli art. 110, n. 1, e 113, § 2, codice civile.

lando una sentenza, *non statuisce* ancora sulla questione che ne fu oggetto. Qualche cosa dunque deve restare in sospeso, fino alla decisione in sede di rinvio; qualche cosa resterà colpito da nullità immediata, in forza dell'art. 543 citato. Per conoscere poi sotto quale di queste due regole debba rientrare la sorte del matrimonio celebrato pendente il ricorso, fa d'uopo ricordare che l'opposizione per sè medesima non è causa di nullità del matrimonio che nondimeno venga contratto (salvo che dietro l'opposizione esista realmente un impedimento dirimente), ricordando altresì che la stessa efficacia legale dell'opposizione, non è definitivamente stabilita colla sentenza di cassazione la quale, riformando la sentenza di appello, riconosca legittima l'opposizione medesima. Da ciò sembra fondato il dedurre che il supposto matrimonio non può dirsi propriamente celebrato *in base* alla sentenza di appello che rimosse l'opposizione; dal momento che, anche senza questa sentenza, il matrimonio sarebbe stato valido, malgrado la persistenza dell'opposizione, salva sempre l'efficacia di una causa effettiva ed intrinseca di nullità. Non può dirsi, in altri termini, che a quel matrimonio *abbia servito di base* (a termini dell'art. 543, cod. proc. civ.) la sentenza che rimosse l'opposizione; perchè la validità del matrimonio non era *condizionata* alla eliminazione dell'opposizione, e perchè d'altro lato colla sentenza stessa di cassazione non è detto ancora che l'opposizione (anche come tale) sia definitivamente ripristinata. Così la espressione dell'art. 543 in esame deve, secondo noi, riferirsi a quegli atti *che ripetono la loro validità dalla validità della sentenza cassata*, e i quali, non avendo altro titolo di sussistere all'infuori della sentenza cassata, devono naturalmente cadere insieme a questa. Ora ciò, dopo le osservazioni esposte, non può dirsi riguardo alla celebrazione del matrimonio, in pendenza di una opposizione. Sicchè è dalla natura medesima, e dagli effetti proprii dell'atto di opposizione che deve desumersi la ragione per ritenere non applicabile alla

ipotesi nostra la regola contenuta nell'art. 543, cod. procedura civile (1).

138. Se la sentenza invocata dallo sposo contro cui fu diretta l'opposizione, per farla rimuovere, riesca invece ad ammetterla, ne è mantenuto così l'impedimento nascente dall'opposizione stessa; impedimento però che *per sè non è dirimente, ma impediente soltanto;* e che per questo non produrrebbe nullità del matrimonio che in onta all'ammessa opposizione fosse stato celebrato. La nullità potrebbe derivarne soltanto (come già fu avvertito) dalla natura dirimente propria dell'impedimento che costituiva la causa di quella opposizione.

Se poi la sentenza rigetti l'opposizione, ciò può avvenire o per inesistenza o per illegalità delle cause su cui l'opposizione medesima pretendevasi, a tenor di legge, fondata; o per *mancanza di qualità* nella persona opponente; o finalmente per *difetto di forme* volute dalla legge, *a pena di nullità*, nell'atto d'opposizione.

In tutti questi casi egualmente l'opposizione è rimossa, e con essa ne cessa anche — dal momento in cui la sentenza proferita acquisti la forza di cosa giudicata — ne cessa, dissi, l'effetto legale consistente nel sospendere la celebrazione del matrimonio. Se non che nel primo caso, l'opposizione che non potrebbesi rinnovare *per la*

---

(1) Più semplicemente ha creduto il Borsari (loc. cit., § 249) di superare questa difficoltà, osservando che " Non è la sentenza d'appello che *abbia* " *conferito* il diritto di celebrare il matrimonio; non è la sentenza d'appello " che *vi abbia servito di base,* secondo l'espressione dell'art. 543. La sentenza " d'appello non ha fatto che *toglier l'ostacolo e restituire le parti alla loro* " *libertà naturale* ".

Dubitiamo però che questa idea potesse dare fondamento sufficiente ad escludere l'applicazione del predetto art. 543. Quali sono e quante le sentenze che *conferiscano* diritti non preesistenti per autorità di legge? E se solo a tali atti o diritti fosse applicabile l'articolo, quale campo efficace di applicazione gli resterebbe? Non può esser questo adunque il senso della espressione: atti a cui la sentenza cassata *abbia servito di base.* E meglio ci sembra ritenere qui contemplati, come dicemmo, gli atti che desumono la loro *validità* dalla validità della sentenza cassata.

medesima causa, giacchè vi osterebbe l'autorità della *cosa giudicata*, potrebbe però ripetersi per una causa differente, per una *causa nuova* (art. 1351, cod. civ.).

Nel secondo caso, la persona respinta dall'opposizione, per *mancanca di qualità*, non potrebbe, generalmente, rinnovarla, ma lo potrebbe allegando una *causa diversa*, per la quale non le fosse necessaria quella *qualità* che sarebbe stata richiesta per la causa addotta prima. — Così il fratello, o lo zio, o il cugino, la cui opposizione fosse stata respinta, perchè fondata bensì sopra una causa producente impedimento al matrimonio, ma non sopra una di quelle limitativamente determinate dall'art. 83 del codice civile, potrebbe ripetere l'opposizione appoggiandola alla mancanza di consenso del consiglio di famiglia od all'infermità di mente d'uno degli sposi.

Infine neppure nel terzo caso sarebbe tolto di potere rinnovare l'opposizione *in forma valida*.

Non ostante che su tutti questi punti siavi qualche opinione in contrario, di autori che avviserebbero non potersi in nessun caso ripetere una opposizione una volta rigettata (1), le massime sopra enunciate sembrano però le vere; in quanto che non avvi in questa materia nessuna disposizione di legge che deroghi al principio di ragione comune, secondo il quale può sempre rinnovarsi una domanda identica *fondandola sopra una causa diversa*, o facendola in forma regolare se precedentemente sia stata rigettata per nullità di forma (d° art. 1351, cod. civ.); e d'altra parte sta pur fermo l'altro principio che le persone determinate dalla legge conservano la facoltà di fare opposizione al matrimonio, per le cause dalla legge stessa stabilite e nelle forme ch'essa esige, fino all'ultimo istante che precede la celebrazione del matrimonio medesimo (articolo 92 del R. D. 12 novembre 1865, n. 2602) (2).

---

(1) Merlin, *Rép.* v° *Opposition à un mariage*, n. 4; Aubry e Rau, § 457, n° 14.

(2) Vazeille, t. I, n. 177; Duranton, t. II, n. 206; Demolombe, t. III, n. 176;

Più recentemente i sigg. Aubry e Rau hanno cercato di spiegare sotto altro aspetto la dottrina da essi seguìta, osservando che i diversi impedimenti adducibili in appoggio di una opposizione, non costituiscono propriamente *cause* differenti, in quanto che il fondamento *diretto ed immediato* dell'opposizione risiede soltanto nella disposizione della legge che la concede, e gli impedimenti addotti a giustificare l'opposizione non costituiscono che *mezzi* per sostenerla, per la differenza dei quali non rimane eliminato l'ostacolo della cosa giudicata. Codesta argomentazione però si collega ad un'altra dottrina, dagli egregi autori sostenuta (e qui richiamata), secondo la quale per valutare la identità della *causa*, in ordine all'autorità della cosa giudicata, bisognerebbe distinguere fra causa *prossima* e causa *remota* (o speciale), e si dovrebbe ritenere che la diversità della seconda si risolva in una differenza di semplici mezzi. Dottrina questa fortemente combattuta, sulla quale però non è qui luogo a spiegarsi. Ci limiteremo ad avvertire che, coll'avviso dei più, riteniamo anche noi arbitraria di fronte al testo, e poco atta a risolvere le difficoltà di applicazione, la pretesa distinzione tra causa prossima e remota; fondata e ragionevole soltanto la distinzione fra causa e mezzi della domanda, poichè quella riguarda *il titolo* o fatto generatore del diritto reclamato, questi concernono invece *gli elementi di prova* del fatto medesimo. E dacchè sia differente la ragione intrinseca accampata per la prima domanda da quella dedotta in appoggio della seconda, tanto basta perchè si debba riconoscere, a termini dell'art. 1351, che non si propone una domanda fondata sulla medesima causa (1).

Laurent, II, 406; Pacifici-Mazzoni, *Istituz.* (2ª ediz.), II, 141; Borsari, *Comm.*, I, art. 90, § 250 in fine.

(1) Demolombe, XXX, 334; Laurent, XX, 72 e segg.; Pescatore, *Logica del diritto* (Torino, 1883), pᵉ I, cap. XXI, pag. 222; Mattirolo, *Dir. giudiz.*, V, 32-36; Borsari, *Comm.*, art. 1351, § 3323; Ricci, *Dir. civ.*, VI, 446.

Per la dottrina contraria che ritiene insufficiente la diversità della causa speciale o remota, v. Aubry e Rau (loc. cit.); Marcadé, t. V, articolo 1351, note 6-7; Larombière, *Des obligat.*, art. 1351, n. 81-83; Pacifici-Mazzoni, *Istituz.* (3ª ediz.), II, 270.

S'intende che, anche rigettata l'opposizione, perchè, per esempio, la causa allegata dall'opponente non fosse tra quelle per le quali tassativamente la legge ne attribuirebbe a lui la facoltà, ovvero per mancanza di forma valida nell'atto, l'impedimento però, che realmente esistesse contro il divisato matrimonio, non solo darebbe il diritto, ma imporrebbe l'obbligo al Ministero Pubblico di far esso opposizione (art. 87, cod. civ.) ed in ogni modo imporrebbe il dovere all'uffiziale dello stato civile, a cui notizia fosse in qualunque maniera portata l'esistenza di quell'impedimento, di rifiutarsi alla celebrazione del matrimonio.

Un altro effetto della sentenza che rigetti l'opposizione è quello che l'art. 91 del cod. civ. stabilisce nei seguenti termini.

" Se l'opposizione è respinta, l'opponente, ove non sia " un ascendente od il pubblico ministero, potrà essere " condannato al risarcimento dei danni ".

Quest'eventuale condanna che la legge ammette, come regola generale, a carico dell'opponente che soccombe, riesce un mezzo efficace di garanzia contro gli abusi che si potrebbero commettere, di opposizioni vessatorie. D'altronde non si fa altro con ciò che un'applicazione del principio comune secondo il quale ognuno è obbligato a risarcire il danno che abbia cagionato per fatto proprio colpevole (art. 1151, cod. civ.). Ma appunto in conformità di questo principio, richiedesi che vi sia *colpa* nell'autore del fatto; epperò non basta che sia stata fatta una opposizione la quale sia stata poi dichiarata non fondata, ma bisogna che vi sia stato o l'animo deliberato di nuocere, impedendo momentaneamente con una opposizione temeraria il matrimonio che si voleva contrarre, od almeno una *negligenza* nell'omettere le indagini che un uomo di ordinaria prudenza avrebbe dovuto praticare, e che gli avrebbero fatto riconoscere il niun fondamento dell'opposizione.

È per questo che l'art. 91 non stabilisce come regola

assoluta l'obbligo del risarcimento dei danni a carico dell'opponente che soccombe nel giudizio, ma ne lascia in facoltà del tribunale la pronunciazione; dicendo che " l'oppo-" nente *potrà essere condannato* al risarcimento dei danni ".

Da questa regola generale sono eccettuati il *Pubblico Ministero* e gli *ascendenti*, i quali non possono essere condannati al risarcimento dei danni; il primo, perchè agisce per obbligo d'ufficio, quando crede, quantunque possa essere in errore, che siavi motivo di opposizione; gli ascendenti, perchè la legge presume ch'essi non sieno mai spinti ad opporsi al matrimonio dei loro figli o discendenti per motivi men che retti, ed ispirandosi ad altri sentimenti che non siano del desiderio pel bene del loro discendente e della famiglia.

Quanto alle spese la legge non ha fatto in questa materia nessuna disposizione speciale che innovi alle regole comuni (art. 370 e seg., cod. proc. civ.).

139. Fu dimostrato, in principio di questo tema delle opposizioni al matrimonio, che sebbene nel sistema adottato dal nostro codice qualunque opposizione, per essere fondata in diritto, debba avere per causa un qualche *impedimento legale* al matrimonio, pure l'opposizione stessa, purchè fatta da chi ne ha la facoltà, ed allegando una causa ammessa dalla legge, costituisce di per sè un *impedimento*, non però *dirimente* ma soltanto *proibitivo;* il quale dura fino a sentenza passata in giudicato con cui sia rimossa l'opposizione (1).

Da ciò deriva che nei casi di opposizione al matrimonio debbasi considerare separatamente l'*impedimento impediente* che sorge di per sè dall'opposizione stessa, se fatta da persona avente la qualità e per causa ammessa dalla legge, e l'impedimento o *dirimente* o *impediente*, che costituisca la causa dell'opposizione predetta.

---

(1) V. sopra, n. 132, pag. 490.

Nè possono confondersi le sanzioni di legge applicabili all'uno ed all'altro di questi impedimenti.

Quanto alla sanzione dell'impedimento puramente *impediente*, che deriva dall'opposizione di per sè stessa, quando sia legalmente fatta, non può esser dubbio, dopo le cose già dimostrate, che tale sanzione non consiste mai nella nullità del matrimonio, che in onta a quell'opposizione sia stato celebrato, ma unicamente in una pena pecuniaria applicabile all'uffiziale dello stato civile, il quale incorre nella multa da L. 500 a 2000, che l'art. 124 del codice ha stabilito per qualunque caso in cui l'uffiziale predetto ammetta a celebrare matrimonio persone alle quali osti qualche impedimento o divieto di cui egli abbia notizia.

Abbiam visto però che, affinchè l'opposizione produca l'effetto di *sospendere la celebrazione del matrimonio*, e costituisca così l'impedimento *impediente* che in essa è riconosciuto dalla legge, è necessario che l'opposizione medesima sia stata *fatta da chi ne ha la facoltà e per causa ammessa dalla legge;* e che pertanto qualora la semplice ispezione dell'atto bastasse a rivelare con evidenza all'uffiziale dello stato civile la mancanza di qualità nell'opponente, o di causa legale dell'opposizione, od anche quando l'atto medesimo fosse radicalmente nullo ed informe, l'uffiziale predetto non dovrebbe avere alcun riguardo a questo preteso atto di opposizione, ma dovrebbe proceder oltre alla celebrazione del matrimonio. Da ciò segue adunque che nei casi detti ora l'uffiziale dello stato civile, ben lungi d'essere responsabile per aver ammesse le parti a celebrare il matrimonio, incorrerebbe anzi, se vi si rifiutasse, nella multa da 100 a 500 lire, a termini dell'art. 126 combinato coll'art. 98 del codice civile.

Della qual multa sarebbe passibile eziandio se si rifiutasse a celebrare il matrimonio dopo che gli fosse presentata copia della sentenza passata in giudicato per la quale fosse stata rimossa l'opposizione.

Del resto la reiezione stessa dell'opposizione, pronun-

ciata, ad esempio, per vizio di forma, o per mancanza di qualità nell'opponente, non scioglierebbe l'uffiziale dello stato civile dalla responsabilità sua per l'inosservanza della regola generale, che gl'impone di non prestarsi alla celebrazione d'un matrimonio a cui sappia ostare qualche impedimento anche solo proibitivo. — Ond'è ch'egli sarebbe sempre passibile della multa di L. 500 a 2000, secondo l'art. 124, cod. civ., se, rimossa l'opposizione per vizio di forma o mancanza di qualità nell'opponente, si prestasse alla celebrazione del matrimonio sapendo dell'esistenza reale dell'impedimento di legge su cui l'opposizione sarebbe stata fondata in merito.

All'infuori di queste sanzioni penali, quella di nullità del matrimonio non potrebbe essere applicabile fuorchè quando la causa dell'opposizione consistesse in un impedimento dirimente, portante appunto la nullità assoluta o relativa del matrimonio.

Sezione II.

Delle nullità del matrimonio.

NOZIONI GENERALI

Sommario. — 140. Avvertenza sul contenuto della presente trattazione. — 141. Richiamo dei principii sulla teoria delle nullità. — 142. Oggetto vero delle norme di legge circa le domande di nullità del matrimonio. — 143. Rapporti e separazione fra le nullità *assolute e relative:* esse hanno comune il carattere *restrittivo* delle disposizioni di legge che le concernono. — 144. Differiscono quanto al poter essere sanate o no col mezzo della ratifica o della prescrizione — principii fondamentali sulla *conferma* o ratifica e sulla *prescrizione* applicabili alle azioni di nullità relativa. — 145. Non è ammessibile il *possesso di stato,* quale mezzo per coprire le nullità del matrimonio. — 146. Partizione dell'argomento.

140. Tutta la teoria, difficile e importantissima, delle nullità in tema di matrimonio, può essere ricondotta a due

aspetti; dei quali l'uno riguarda la nullità di cui un matrimonio sia infetto, considerata nella causa che la determina; l'altro, la nullità stessa considerata nel suo movimento od esercizio. Anche in ordine alla nullità si presentano insomma i due lati del *diritto* e dell'*azione*.

Le cause infatti delle nullità di matrimonio si collegano intimamente all'argomento dei requisiti o delle condizioni per contrarlo; anzi la nullità, sotto questo aspetto, non è propriamente che la conseguenza e insieme la sanzione più grave della mancanza di quei requisiti. Studiando quindi, come già abbiamo fatto, questi requisiti del matrimonio, in sè stessi, nei loro caratteri e nei loro necessari elementi, abbiamo in pari tempo stabilito quali siano i fatti che possono formar causa della nullità del matrimonio. Questa invero dipende dalla trasgressione di quei precetti di legge, contenenti condizioni necessarie pel matrimonio, i quali per la loro maggiore importanza morale e sociale, sono stati garantiti dalla legge col rimedio più rigoroso possibile, cioè coll'annullamento del matrimonio contratto in onta alle sue proibizioni. Le cause della nullità, in altri termini, consistono nella esistenza di un *impedimento dirimente;* presa questa parola nel senso largo ed usuale che comprende tanto la mancanza di una condizione prescritta dalla legge in senso positivo, quanto la presenza di un rapporto di fatto o di una circostanza che la legge contempla in senso negativo per autorizzare la conchiusione del matrimonio; materia questa di cui ci siamo già ampiamente occupati. — Così non resta ora che di studiare l'argomento delle nullità, nel secondo dei due indicati aspetti, cioè per quanto concerne l'azione che sia diretta a promuoverne la dichiarazione giudiziale; sia rispetto alle *persone* che a ciò sono autorizzate, sia rispetto alle circostanze o ai mezzi che, paralizzando l'azione medesima, possono *sanare* la nullità originaria del matrimonio; sia infine rispetto alle conseguenze o agli *effetti* della dichiarazione giudiziale di nullità.

Vedemmo come a questo criterio di distinzione fra le cause

e l'azione delle nullità, non siasi attenuto rigorosamente il codice nostro nella collocazione degli articoli relativi sotto le corrispondenti rubriche; poichè alcuni fra gli impedimenti dirimenti al matrimonio (ad esempio, quelli che consistono nel vizio di consenso o nell'impotenza) compariscono soltanto nel capo VI, relativo alle *domande di nullità del matrimonio;* mentre degli altri impedimenti, considerati in sè stessi, fu trattato nel capo I (art. 55 e seg.), e in questo capo VI è soltanto regolata l'azione di nullità da essi dipendente. — È seguìto da ciò che non pochi trattatisti francesi e nostri hanno tenuto metodo vario ed incerto nella esposizione di queste due materie; alcuni riportando lo studio delle domande di nullità sotto il tema dei requisiti o degli impedimenti pel matrimonio; altri all'opposto trattando dei requisiti ed impedimenti stessi sotto il titolo delle nullità; altri infine dimezzando il tema degli impedimenti, alcuni dei quali vengono da essi studiati a parte, altri compresi nella trattazione delle nullità. Non facciamo che riferire questo fatto, acciò siano meglio comprese le ragioni che ci indussero ad evitare ogni intrecciamento fra i due argomenti, che sono collegati bensì, come causa ad effetto, ma esigono tuttavia studio separato e distinto.

141. Proponendoci dunque di studiare l'*azione* di nullità, come tale, in quanto può essere diretta ad impugnare un matrimonio, neppure abbiamo bisogno di esporre nuovamente i principî sui quali si aggira la teoria delle nullità. Ne fu fatta la trattazione a luogo opportuno, in ordine ai principî generali sulle leggi (1), e ne abbiamo pure richiamati i concetti sostanziali, in correlazione ed in applicazione al tema del matrimonio, quando, studiando l'argomento dei requisiti o degli impedimenti pel matrimonio stesso, si è dovuto determinarne i caratteri e classificarli secondo la diversa entità delle loro conseguenze (2).

---

(1) Vol. I, n. 95 e seg., pag. 515 e seg.
(2) V. sopra, n. 33 e seg., pag. 109 e seg.

Ora, restandoci solo di studiare la nullità del matrimonio nel suo effettivo svolgimento, sarà sufficiente e tuttavia non inutile ricordare i punti salienti e caratteristici di quella dottrina, che sono questi:

1° Anche in tema di matrimonio, anzi più specialmente per questo istituto, la legge nostra viene implicitamente a riconoscere la distinzione fondamentale fra la *inesistenza* giuridica, e la semplice nullità o *annullabilità* degli atti, coll'occuparsi soltanto dei requisiti *di validità* civile (la cui mancanza produce appunto l'annullabilità del matrimonio), passando invece sotto silenzio e abbandonando ai principî generali di diritto ciò che riguarda gli elementi *di essenza* o costitutivi del matrimonio.

2° Le cause d'inesistenza giuridica del matrimonio (come di ogni altro atto) sono *indipendenti da una espressa dichiarazione o sanzione di legge;* nel senso che, malgrado il silenzio della legge stessa riguardo ad un requisito essenziale dell'atto, tale requisito non sarà meno necessario perchè l'atto possa ritenersi sussistente in diritto. All'opposto, le cause di semplice nullità o annullabilità del matrimonio (per le quali il matrimonio è soltanto *viziato*), abbisognano di una speciale disposizione di legge; giacchè in materia di matrimonio, sono ammissibili soltanto le nullità *testuali*, rimanendo escluse le *virtuali;* o in altri termini le disposizioni di legge circa le cause di annullamento del matrimonio sono sempre *tassative* e di stretta interpretazione.

3° La inesistenza giuridica del matrimonio, risolvendosi nella mancanza reale di un qualunque matrimonio, può essere dedotta od opposta *da ogni persona interessata.* L'azione di annullamento invece (come sarà meglio spiegato fra breve) non compete che alle persone specialmente determinate dalla legge.

4° Per la stessa ragione, la inesistenza giuridica non può essere riparata nè mediante atto di *conferma*, nè per via di *prescrizione* dell'azione che compete per provocare

la dichiarazione della inesistenza; il vizio della nullità, in via generale, può essere sanato coll'uno e coll'altro mezzo.

5° Però nel caso che l'azione di annullamento sia accolta con sentenza giudiziale, gli effetti della dichiarazione di nullità coincidono con quelli della inesistenza, almeno in questo aspetto, che l'annullamento ha effetto *retroattivo*, facendo considerare l'atto come non avvenuto, in ragione del vizio di cui era infetto nel suo principio (salvo il beneficio speciale che la legge accorda al matrimonio putativo — art. 116).

6° Nel campo speciale della nullità o annullabilità, la legge nostra riconosce altresì l'altra distinzione fra nullità *assolute* e *relative*, secondo che siano deducibili da qualunque persona interessata (art. 104, cod. civ.), oppure solo da determinate persone (art. 105 e seg.); di guisa che rispetto a queste ultime, relativa non è veramente la nullità per sè stessa, ma piuttosto l'azione diretta a farla dichiarare giudizialmente. Questa distinzione viene a coincidere spesso — benchè non costantemente, in tema di matrimonio — coll'altra di nullità d'*ordine pubblico* e di interesse privato (1). E allora siccome le nullità di ordine pubblico, in generale almeno, non sono riparabili, o più esattamente non sono suscettibili di essere coperte col mezzo della conferma o con l'altro della prescrizione; così sotto questo rapporto le nullità assolute e di ordine pubblico presentano una certa analogia di effetti colla inesistenza giuridica dell'atto. Rimane però tra quelle e questa la differenza intrinseca dell'oggetto, diverso essendo lo scopo dell'azione con cui si debba far pronunciare l'annullamento di un atto, e di quella che tenda a far dichiarare semplicemente che un apparente atto non ha mai esistito. E rimane altresì l'altra differenza, in riguardo specialmente al matrimonio, che le cause d'inesistenza non abbisognano di una espressa dichiarazione di legge, mentre le cause di

---

(1) V. sopra, n. 44, pag. 152.

nullità (sia questa anche assoluta e d'ordine pubblico) si riconnettono a disposizioni tassative della legge.

7° Infine il carattere assoluto o relativo della *nullità* di cui un matrimonio sia infetto, rimane indipendente dal carattere assoluto o relativo dell'*impedimento*, che è causa della nullità stessa; essendovi impedimenti in sè relativi che generano tuttavia una nullità assoluta, e viceversa (1).

142. La conseguenza più importante delle suesposte dottrine sta in ciò, che le norme di legge stabilite in questo capo VI del titolo del matrimonio (art. 104 e seg., cod. civ.), e che formeranno oggetto della trattazione presente, non riguardano veramente che ai casi di matrimonio nullo ossia annullabile. Esse rimangono estranee ed inapplicabili invece alle cause di inesistenza giuridica del matrimonio; poichè come la legge nostra ha regolato soltanto ciò che riguarda la validità civile del matrimonio, tacendo completamente, come di cosa necessaria e sottintesa, dei requisiti essenziali o costitutivi del matrimonio stesso (2); così l'ipotesi di un apparente matrimonio, insussistente in diritto, per difetto di qualcuno dei suoi essenziali elementi, resta fuori da tutto il complesso delle disposizioni della legge stessa, e subordinato soltanto ai principî generali di diritto (3); essendo d'altronde cosa naturale che non occorra un testo di legge nè un ordinamento di norme, per assicurare la massima che *un atto non costituitosi in modo alcuno non può avere nessuna delle conseguenze giuridiche, dirette o indirette, proprie dell'atto come tale* (4). — Di questa necessaria limitazione delle norme di legge che dobbiamo ora studiare, troveremo maggiore riprova in seguito; intanto era oppor-

(1) V. sopra, n. 35, pag. 119-120.
(2) V. sopra, n. 33, pag. 114-117.
(3) Cf. da ultimo Laurent, II, 442 e 515.
(4) Ecco perchè la Commissione coordinatrice (Verb. 8, § 6), a proposito del matrimonio dell'interdetto, dichiarava che la legge si occupa solo del caso che siavi stata *sentenza di interdizione*, mentre quello di colui che fosse stato *privo di mente*, benchè non interdetto, *rientra nelle regole generali del libero consenso*, comuni a tutte le convenzioni.

tuna questa avvertenza, che determina il campo proprio di applicazione delle norme medesime.

143. Rivolgendoci dunque alla materia dell'azione per annullamento (in senso proprio) del matrimonio, resta a premettere qualche idea generale circa l'indole e i caratteri di tale azione.

Certo è innanzi tutto che le norme stabilite dalla legge circa l'esercizio di questa azione, sono indistintamente di carattere *restrittivo*. Vedemmo già che, essendo tutto l'istituto del matrimonio sottoposto al dominio esclusivo della legge positiva, dalle sole regole testuali di essa dipende la determinazione delle condizioni che debbonsi reputare richieste pel matrimonio, e tanto più quindi di quelle che siano volute a pena di nullità, come impedimenti dirimenti (1). Ora lo stesso carattere restrittivo che è proprio dei precetti di legge in quanto riguardano le cause della nullità, deve ritenersi pure logicamente e identicamente per quanto riflette l'esercizio dell'azione correlativa; sia per la determinazione delle *persone* a ciò autorizzate, sia pei *termini* assegnati all'esercizio dell'azione medesima, sia infine pei *mezzi* e per le *eccezioni* da cui l'azione stessa può restare impedita. Solo partendo da questo concetto, può essere spiegata la cura minuziosa con cui la legge civile, in questo capo VI del titolo del matrimonio, prevede e regola tutti i rapporti che si collegano alle domande di nullità, tutte le modalità dell'azione. Prova evidente, confermata, come si disse, anche da altri dati legislativi, che anche nel codice nostro fu fermo proposito quello di regolare completamente e in ogni sua parte l'azione tendente all'annullamento dei matrimoni; in considerazione altresì dei grandi interessi famigliari e sociali che trovansi impegnati in questa materia, e pei quali doveva precludersi la via ad ogni incertezza, come ad ogni possibilità di abusi da parte dei privati.

---

(1) V. sopra, n. 42, pag. 141-142.

La conseguenza più importante del principio ora spiegato riguarda la determinazione delle *persone* ammesse all'esercizio dell'azione di nullità, e costituisce veramente una norma speciale alle nullità del matrimonio. Vale a dire che qui le disposizioni della legge sono tassative, tanto per le nullità *relative* come per le nullità *assolute*. Sebbene in fatti le nullità assolute siano, per regola generale, *proponibili da qualunque persona* vi abbia interesse (1), pure il codice nostro nell'art. 104, che appunto regola l'azione per nullità assoluta del matrimonio, non si è accontentato di riferirsi a questa massima generale; ma volle annoverare espressamente le persone che a questo titolo possono impugnare un matrimonio. E ciò stante, è impossibile non ammettere che sia *tassativa* la disposizione che al legislatore parve opportuno di fare, mentre diversamente essa mancherebbe di scopo (2).

A maggior ragione quindi dovranno ritenersi tassative le disposizioni seguenti, scritte in riguardo alle nullità relative soltanto, le quali perciò da nessun altro potranno essere promosse fuorchè da coloro che sono specialmente designati dalla legge. Il carattere restrittivo che è comune dunque alle nullità assolute e relative, porta alle applicazioni seguenti:

1° Quando la legge attribuisce l'azione di nullità solo a persone determinate, non può esser lecito estenderla a persone diverse da quelle dalla legge medesima contemplate, per quanto potesse apparire identità di motivi ad accordare anche ad esse una tale azione. In altri termini, l'*azione di nullità relativa non è suscettibile di estensione per analogia*.

2° Per identica ragione, il diritto di proporre una nullità che la legge riservi a persone specialmente designate, non può attribuirsi ad altre persone che pure sembrassero avervi un interesse legittimo ed attuale, quale è conside-

(1) V. il Vol. I, n. 108, p. 732.
(2) V. anche appresso, n. 147, pag. 566.

rato dall'art. 104 rispetto alle nullità assolute. In altri termini, l'*azione di nullità ammessa dalla legge come relativa non può mai trasmutarsi in una azione di nullità assoluta*. Anche una tale estensione infatti sarebbe manifestamente contraria all'intendimento e al sistema della legge, quale resulta dal confronto dell'art. 104 cogli articoli successivi, in forza di cui solo per cause speciali di nullità l'azione è concessa a qualunque persona vi abbia un interesse legittimo ed attuale.

Amendue le regole ora indicate non sono poi che lo svolgimento di questa regola unica e comprensiva: che l'*azione di nullità di matrimonio può essere promossa soltanto dalle persone alle quali la legge l'abbia formalmente attribuita*.

144. Ma se in questo rapporto le azioni di nullità assoluta e di nullità relativa del matrimonio si trovano regolate da un criterio comune, non mancano tra esse differenze naturali e importanti, applicabili anche in materia di matrimonio. E queste riguardano sopratutto i mezzi con cui tali azioni possano rimanere neutralizzate, e può essere sanata la nullità del matrimonio; essendo principio generale che le nullità relative sono suscettibili di essere coperte, sia col mezzo della ratifica o conferma, sia con quello della prescrizione; mentre le nullità assolute, in generale, non ammettono sanatoria per alcuna di queste cause (1).

Se infatti si tratta d'una nullità relativa, introdotta soltanto per l'interesse particolare di certe persone, o almeno rilasciata all'apprezzamento loro individuale, quanto alla convenienza di promuoverne l'azione, è naturale che esse possano rinunciarvi e spogliarsi del diritto che è loro conferito, e possano farlo sia col mezzo di un atto espresso confermativo, sia col mezzo di quel tacito abbandono delle proprie ragioni che è da presumersi per parte di chi abbia trascurato di esercitarle durante il tempo prefisso alla pre-

(1) V. sopra, n. 141 (4°).

scrizione (1). Ma nulla di tutto questo può aver luogo allorchè invece si tratti d'una nullità assoluta che sia introdotta per l'interesse generale della società è per l'ordine pubblico, e di cui l'azione corrispondente è quindi attribuita a tutte le persone aventi interesse ad esercitarla, ed allo stesso Ministero pubblico. Allora è evidentemente inammissibile che per rinuncia, sia espressa, sia tacita o presunta, di una delle persone da cui l'azione di nullità poteva essere esercitata, rimanga obliterata quella nullità e il matrimonio nullo sia convalidato in onta ai motivi d'ordine pubblico, che fecero proclamar dalla legge la nullità medesima.

Il principio generale che la nullità *assoluta* non sia suscettibile d'esser tolta di mezzo per decorso di tempo, nè per altra causa qualsiasi, non manca però di qualche eccezione o limitazione, perfettamente giustificabile quando ai motivi d'ordine pubblico, pei quali tale nullità è proclamata, altri se ne contrappongano, d'interesse ugualmente generale, che, o per tempo decorso, o per altra ragione, consiglino a convalidare il matrimonio. È così che quantunque la mancanza della età richiesta nei contraenti e la incompetenza dell'uffiziale dello stato civile costituiscano due cause di nullità assoluta (art. 55 comb. col 104, § 1 e 2, codice civile) pure " il matrimonio contratto da persone " delle quali anche una sola non fosse pervenuta all'età " fissata, non può più essere impugnato: 1° quando sieno " trascorsi sei mesi dopo compiuta l'età richiesta; 2° quando " la sposa, ancorchè non giunta a tale età, sia rimasta " incinta „ (art. 110, cod. civ.) e la nullità per incompetenza dell'uffiziale dello stato civile non è più ammessa dopo decorso un anno dalla celebrazione del matrimonio (articolo 104, § 3, cod. civ.).

---

(1) Un riconoscimento, più autorevole che necessario di questo concetto trovasi anche nella Relazione senatoria VIGLIANI al § 66, ove, in ordine all'art. 106 del Codice, si avverte: " Il fatto della coabitazione toglie ogni " incertezza *circa l'animo degli sposi di voler mantener ferma la loro unione.* " ..... Ora un mese di coabitazione coniugale è indizio più che sufficiente " *della volontà di ratificare il matrimonio* che potrebbe essere annullato „.

Inoltre, quantunque la nullità assoluta non sia per sè stessa suscettibile in generale d'esser coperta, può però accadere che sia tolto il promuoverne la dichiarazione a determinate persone, la cui domanda possa essere respinta con certe eccezioni personali dalla legge ammesse. Di questo ci porge esempio l'articolo 111 del codice civile. — E un altro esempio se ne ha rispetto alle persone investite dalla legge dell'azione di nullità assoluta, per ragione di un interesse puramente *pecuniario* (art. 104 in fine); le quali pertanto non avranno più veste ad esercitare tale azione, qualora il diritto pecuniario, per ragione del quale esse sono autorizzate ad agire, sia rimasto esso medesimo estinto per via di rinuncia, di prescrizione o per altra causa qualsiasi (1).

Del resto non abbiam fatto fin qui che accennare a principî i quali dovranno poi ricevere svolgimento e trovare applicazioni nel seguito di questa trattazione.

Le nullità *relative*, dicemmo (2), sono invece suscettibili di essere coperte, sia mediante la ratifica o conferma emessa dalle persone a cui l'azione di nullità è riservata, sia mediante la prescrizione.

Questa regola richiede qualche sviluppo e qualche osservazione speciale.

Ogni *conferma* o *ratifica* contiene virtualmente la rinuncia al diritto d'impugnare un atto infetto di un vizio che ne apriva, a termini di legge, l'azione di nullità relativa (3). Da ciò due conseguenze importanti; la prima che la ratifica non possa essere efficace in diritto, se non quando proceda da quella stessa persona alla quale l'azione di nullità relativa era attribuita dalla legge; la seconda che qualora tale azione sia data a più persone, la ratifica emessa dall'una di esse non possa nuocere all'altra; chè si può

---

(1) Cf. Aubry e Rau, § 458 in fine.
(2) V. qui sopra, pag. 555.
(3) V. il Vol. I di questo corso, n. 124, pag. 914-919.

bene rinunciare al diritto proprio, ma non mai a quello d'altri. — Tuttavia alla seconda di quelle massime vediamo fatta, in materia di matrimonio, qualche eccezione perfettamente giustificabile in diritto. Quando la ratifica emessa da una delle persone, per le quali era introdotta la nullità, distrugga completamente i motivi sui quali la pronunciazione della nullità stessa, per opera della legge, era fondata, è affatto conforme a ragione che l'azione di nullità cessi, non solo per chi vi ha rinunciato, ma eziandio per tutti gli altri a cui una simile azione era concessa. È così che il matrimonio annullabile per essere stato contratto senza il consenso degli ascendenti o del consiglio di famiglia o di tutela (art. 108, cod. civ.) cessa di poter essere impugnato anche da quello degli sposi a cui il consenso dei parenti era necessario, quando da questi ultimi sia stato espressamente o tacitamente approvato il matrimonio medesimo (art. 109, cod. civ.).

La ratifica può generalmente essere *espressa* o *tacita* (art. 1309, cod. civ.).

Ma, in ordine al matrimonio, attesa l'importanza dell'atto e la convenienza di evitare tutte le dubbiezze che intorno all'essere o no avvenuta tacitamente la conferma potrebbero nascere da circostanze equivoche, la cui valutazione sarebbe troppo pericoloso abbandonare al solo potere discrezionale, il legislatore ha stimato per alcuni casi opportuno di determinare esso stesso le condizioni a cui sottopone la *ratifica tacita* (art. 106, 112, § 2°, cod. civ.). È evidente pertanto, sia pel testo stesso di queste disposizioni, sia pel loro scopo che altrimenti non sarebbe raggiunto, non potersi in tali casi indurre la ratifica tacita da altri fatti che quelli espressamente enunciati dalla legge.

La ratifica espressa però, quand'anche non sia mentovata testualmente, sarà pur sempre applicabile in forza dei principî generali di diritto; i quali insegnano che tutte le nullità relative possono essere sanate da un atto espresso confermativo da parte delle persone alla cui volontà è

riservato l'esercizio dell'azione di nullità, sicchè per escluderlo sarebbe necessario un testo di legge che disponesse chiaramente in contrario. È manifesto d'altronde come una disposizione che realmente fosse scritta in questo senso sarebbe contraria ai principî ed alla ragione; perciocchè non saprebbesi come giustificare che la volontà espressamente dichiarata di rinunciare all'azione di nullità, non avesse quell'effetto che la legge riconosce ad una volontà risultante tacitamente da speciali circostanze di fatto; nè sarebbe ragionevole che quanto basta a convalidare un qualunque atto di minore importanza, non fosse sufficiente a rendere inattaccabile il matrimonio, alla cui convalidazione la legge doveva annettere interesse tanto maggiore.

Quanto alla *prescrizione*, avvi qualche disposizione legislativa che stabilisce un termine assai breve, trascorso il quale il matrimonio infetto d'una causa di nullità relativa non può più essere impugnato (art. 109, cod. civ.).

Ma negli altri casi, rispetto ai quali non è scritta nel codice nessuna disposizione espressa, quale regola dovrassi dunque seguire? Riterremo perpetua l'azione di *nullità relativa*, come se fosse *assoluta?* Ovvero sarà applicabile la prescrizione ordinaria di trent'anni per la quale si estinguono tutte le azioni? (art. 2135, cod. civ.). Ovvero ci atterremo alla prescrizione speciale delle azioni di nullità o rescissione dei contratti comuni, che l'articolo 1300 del codice civile fissa a *cinque anni?*

La soluzione del primo di questi quesiti non può essere molto difficile. Già fu enunciato che tutte generalmente le *nullità relative* sono suscettibili d'essere sanate, sia colla ratifica, sia colla prescrizione. E ne fu anche addotto il motivo, consistente in ciò, che tali nullità essendo rimesse alla volontà di certe persone dalla legge determinate, e queste potendo pertanto rinunciare ad un diritto stabilito soltanto per esse, non è ammissibile che tale rinuncia non s'induca dall'avere quelle persone trascurato di esercitare l'azione di nullità ch'era loro attribuita, per quel tempo

col decorso del quale ogni azione rimarrebbe estinta (1). Ciò tanto meno può essere ammissibile trattandosi del matrimonio, in ordine al quale la legge aveva ragioni assai più gravi che per qualunque altro contratto od atto, per interessarsi alla convalidazione di esso e distruggere colla prescrizione l'azione spettante a certe persone per impugnarlo (2).

Ma gli altri due quesiti, che vertono nell'alternativa di applicare la prescrizione ordinaria di trent'anni, che estingue tutte le azioni di qualsivoglia natura, o la prescrizione quinquennale stabilita contro le azioni di nullità o rescissione dei contratti comuni, possono all'opposto presentare una grave difficoltà, che aveva diviso infatti le opinioni dei commentatori del codice Francese.

Per attenersi alla speciale prescrizione stabilita per le azioni di nullità o rescissione dei contratti si può dire, che dove la legge non ha stabilita nessuna prescrizione speciale contro un'azione di *nullità relativa* del matrimonio, non resta che di ricorrere ai principî comuni a simili nullità pei contratti ordinari; che tanto più è ragionevole applicare il benefizio di quei principî al contratto di matrimonio, poichè la legge ha dovuto guardarne la convalidazione con occhio più favorevole che per gli altri contratti ordinari, e lo ha fatto realmente stabilendo per sanare la nullità di quello alcuni mezzi speciali non ammessi per questi; che d'altra parte le ragioni le quali consigliarono una speciale e più breve prescrizione per le azioni di nullità dei contratti comuni, stanno certamente in tutta la loro efficacia anche pel contratto di matrimonio, consistendo quelle ragioni nell'essere necessario, per le azioni di nullità, esaminare fatti e valutare prove, di cui può ren-

---

(1) V. sopra, n. 143, pag. 555.

(2) Qui guardiamo la questione proposta sotto l'aspetto generale della applicabilità della prescrizione alle azioni di nullità relativa del matrimonio. Se poi per una di esse, cioè per l'*impotenza*, vi sia ragione sufficiente di ritenere l'azione imprescrittibile (come pensano alcuni scrittori nostri) esamineremo più innanzi.

dersi maggiore la difficoltà e la incertezza di constatazione dal tempo che sia trascorso (1).

Sembra però preferibile l'opinione di altri, i quali insegnano non potersi, nel silenzio della legge, applicare altra prescrizione fuorchè l'ordinaria di trent'anni (2). La idea fondamentale di questa dottrina sta nel riflesso che il matrimonio, costituendo non soltanto un contratto, ma insieme e più ancora una istituzione sociale, non può ritenersi governato dalle norme stabilite pei contratti comuni; il che supporrebbe tra questi e quello una parità di condizione che non esiste.

Nè sembra fondato l'obbiettare che, ammesso un tale concetto, bisognerebbe escludere non soltanto la prescrizione quinquennale (art. 1300), ma ancora la prescrizione trentennale (art. 2135), e dichiarare così imprescrittibili le azioni di nullità relativa del matrimonio. Non è infatti esatto l'attribuire (come si fa con tale obbiezione) un campo eguale di estensione a queste due specie di prescrizione; mentre la prescrizione ordinaria di trent'anni vale generalmente per *tutte* le azioni ordinate dalla legge civile; nè quindi sarebbe lecito il ritenervi non soggetta l'azione di nullità relativa del matrimonio, quando ciò non risulti o da una speciale esenzione dichiarata dalla legge, o almeno (ciò che non accade nel caso nostro) dalla essenza propria dell'azione medesima. All'opposto, la prescrizione di cinque anni è stabilita in riguardo ai contratti, collocata nel titolo *delle obbligazioni e dei contratti in genere;* e può quindi riferirsi ai rapporti di ordine pecuniario, più che a quelli di stato personale. In riguardo al matrimonio poi, l'indole e l'ufficio suo, la sua importanza come base e fondamento della famiglia, costituiscono una ragione di più per consi-

---

(1) Duranton, I, 865 (ediz. Bruxelles); Valette sur Proudhon, chap. 22, sect. 7, § 1 (a); Demolombe, III, 268; Pacifici-Mazzoni, *Istit.* (2ª ediz.), II, 176, pag. 204, n. 3; Buniva, *Dir. delle persone* (Torino, 1871), I, pag. 217.

(2) Marcadé, art. 181, n. 3; Aubry et Rau, § 462, n. 19; Laurent, II, 454; Ricci, *Dir. civ.*, I, 174; Corte di Catania, 30 maggio 1887 (*Fôro it.*, XII, 1, 470).

derarlo come un istituto a parte, che sta cioè al di fuori dei contratti comuni. La idea di ragguagliare il matrimonio ad un semplice contratto, vedemmo essere sorta nella prima fase in cui si sviluppò il concetto del matrimonio civile; ma è ben lungi dal corrispondere alla realtà delle cose (1). E nemmeno essa corrisponde al pensiero, al linguaggio del nostro legislatore, che si è guardato costantemente dal qualificare come un contratto l'unione coniugale per sè medesima; riservando anzi la denominazione di *contratto di matrimonio* (art. 1378 e seg.) alle convenzioni nuziali relative *ai beni*, le quali restano ben distinte, come fu veduto (2), dal vincolo personale del matrimonio. — Certamente non si dovrà per questo giungere alla conseguenza che nessuna norma di legge sia applicabile al matrimonio, all'infuori di quelle che si trovano scritte nel titolo del codice ad esse relativo. Anche qui è alla natura intima delle cose, non alla materiale collocazione della legge, che devesi avere riguardo. Ma per ciò appunto, si potranno applicare all'istituto del matrimonio quei principî e quelle norme di diritto che, per loro natura, sono riferibili a tutti gli atti o rapporti giuridici in genere; non quelle che abbiano per oggetto di regolare i contratti ordinari.

145. Non abbiamo annoverato *il possesso di stato* fra i mezzi generali con cui può essere sanata la nullità del matrimonio. Ciò esige qualche schiarimento.

La dottrina francese concordava nella massima che il possesso di stato non possa aver forza di riparare alle nullità *intrinseche* del matrimonio, si tratti poi di nullità assoluta o di nullità relativa (3); benchè esistesse qualche divergenza tra quegli scrittori nel determinare il senso preciso dell'articolo 196 del codice Napoleonico, secondo cui

---

(1) V. sopra, n. 17, pag. 66, e n. 20, pag. 80-81.
(2) V. sopra, n. 21, pag. 81-82.
(3) Cf. Aubry e Rau, § 462, n. 20, § 467, 3°; Demolombe, III, 313 e 328; Laurent, II, 500.

" quando vi è possesso di stato ed è presentato l'atto di " celebrazione del matrimonio avanti l'ufficiale dello stato " civile, i coniugi non sono rispettivamente *ammessi a do-* " *mandare la nullità di quest'atto* „.

Osservammo altrove, trattando delle prove della celebrazione del matrimonio, come il codice Italiano abbia modificata e corretta la locuzione di quell'articolo, sostituendo alle ultime parole di esso le altre che si leggono nell'art. 119: " il possesso di stato... *sana ogni difetto di* " *forma* „ (1). Questa disposizione del codice nostro — l'unica in cui sia parola del possesso di stato come mezzo per coprire le nullità del matrimonio — basta da sola a dimostrare come un tale effetto sia riferibile esclusivamente ai vizi *di forma*, non mai alle nullità intrinseche, fondate sulla esistenza di un impedimento dirimente. Il che è anche perfettamente conforme ai principî; non essendovi ragione sufficiente per cui il possesso di stato, il quale infine non è altro che l'attuazione o l'esercizio in fatto dei rapporti inerenti al matrimonio, abbia virtù di supplire alla mancanza intrinseca delle condizioni giuridiche richieste per la validità di esso.

Tuttavia nella spiegazione dell'art. 119, abbiamo anche dimostrato come i precedenti legislativi e il tenore stesso di questo articolo non permettano di restringerne l'applicazione ai soli vizi che riguardino *la prova* della celebrazione del matrimonio, cioè ai vizi di forma dell'*atto* iscritto sui registri dello stato civile (rispetto ai quali vizi anzi neppur si comprenderebbe la possibilità della sanatoria, non essendo essi causa di nullità), e debbasi quindi riferire il disposto di questo art. 119 ai vizi di forma incorsi nella *celebrazione* stessa del matrimonio, e che ne produrrebbero la nullità, cioè a quelli dipendenti dalla incompetenza dell'ufficiale celebrante o dalla mancanza o incapacità dei testimoni. Ciò si giustifica non solo di fronte al testo dello

(1) V. sopra, n. 126, pag. 451.

art. 119 — che parla di vizi *di forma*, in genere, e non (come l'art. 196 del codice Francese) di vizi *dell'atto* — ma eziandio sotto l'aspetto razionale; perocchè se il fine della legge, nel determinare i requisiti di forma della celebrazione, è quello di assicurare la pubblica constatazione della verità e lealtà dell'atto, prevenendo le sorprese e le frodi, il possesso di stato che si aggiunga alla celebrazione irregolare, e sia rivestito dei caratteri ad esso proprî (arg., art. 172), vale come elemento di pubblicità per supplire ai vizi della celebrazione, e per far presumere la libertà e serietà del consenso prestato dagli sposi.

Queste considerazioni, che abbiamo voluto richiamare, confermano però in pari tempo la massima che il beneficio del possesso di stato, che sia conforme anche all'atto di celebrazione, non può mai estendersi a sanare, oltre la nullità dipendente dalla irregolarità della celebrazione, anche quelle che siano fondate sulla mancanza delle condizioni intrinseche richieste per la validità del matrimonio; sia poi che da questa mancanza derivi una nullità assoluta, sia che ne derivi una nullità relativa.

Quanto alle nullità *assolute* del matrimonio, fondate come sono sopra motivi di ordine pubblico, già notammo (sopra, n. 144) che esse restano d'ordinario insanabili; nel senso almeno che nessun atto o fatto dipendente dalla volontà delle persone interessate potrebbe riparare il vizio di cui il matrimonio sia così infetto. E se dunque, come meglio sarà spiegato fra breve, qualcuna delle nullità assolute, può trovarsi coperta da circostanze speciali determinate dalla legge, ciò avviene indipendentemente da ogni supponibile influenza del possesso di stato; avviene invece perchè il verificarsi delle circostanze previste dalla legge fa sorgere motivi d'interesse sociale e di pubblica moralità, opposti e prevalenti a quelli per cui la legge stabiliva la nullità del matrimonio; oppure perchè (come nel caso regolato coll'art. 111) non si tratta veramente di coprire la nullità del matrimonio, ma solo di escludere certe deter-

minate persone dall'esercizio dell'azione che vi è connessa. — Quanto poi alle nullità *relative*, che essendo introdotte solo per riguardo a certe persone, sono perciò suscettibili di rinuncia espressa o tacita, se è vero che la legge considera talvolta come mezzo di tacita conferma del matrimonio il fatto della *coabitazione* coniugale continuata per un dato tempo (art. 106, 109, 112, § 2, cod. civ.), è anche vero che non si potrebbe senza grave inesattezza confondere il concetto della coabitazione con quello del possesso di stato, e ritenere così che in simili casi la sanatoria del matrimonio trovi la sua causa nel possesso di stato. La coabitazione infatti è costituita da un fatto semplice ed isolato, che può indifferentemente essere stato o no di pubblica notizia, e che per il suo significato e per le sue conseguenze morali neutralizza i motivi stessi della nullità del matrimonio; il possesso di stato invece è costituito da un complesso di fatti, aventi il carattere comune della pubblicità, e i quali tuttavia non si trovano in correlazione e in antitesi coi motivi della nullità, tranne che per quell'elemento speciale del possesso di stato che dipende dalla coabitazione coniugale. Da ciò la conseguenza naturale che anche rispetto alle nullità relative, di cui trattano i citati articoli 106, 109, 112, è necessario, ma basta provare il puro fatto della coabitazione (senza riguardo alle altre circostanze costitutive del possesso di stato), perchè la nullità del matrimonio rimanga sanata.

146. Premesse queste dottrine generali sui caratteri delle nullità del matrimonio, l'ordine della trattazione richiede che esaminiamo separatamente:

1° le norme relative all'azione per nullità *assoluta;*

2° quelle per l'azione di nullità *relativa;*

3° le norme comuni alle une e alle altre, cioè *gli effetti* sia dell'azione promossa, sia della dichiarazione giudiziale di nullità.

---

§ I. — *Azioni di nullità assoluta del matrimonio.*

Sommario. — 147. A) *Persone* a cui compete l'esercizio dell'azione di nullità assoluta. — 148. *a*) Degli sposi. — 149. *b*) Degli ascendenti prossimi degli sposi. — 150. *c*) Del consiglio di famiglia o di tutela. — 151. *d*) Del Pubbl. Ministero. — 151 *bis* e *ter*. Continuazione: questioni relative alla azione di nullità da parte del Ministero Pubblico. — 152. *e*) Degli aventi un interesse legittimo ed attuale. — 153. *f*) Del coniuge di anteriore matrimonio. — 154. B) *Cause di sanatoria* o d'improponibilità della nullità assoluta. — Quali cause di nullità siano insanabili. — Limitazione di questa norma rispetto a certe persone. — 155. Come sia sanabile il matrimonio nullo *per difetto di età*. — 156 - 156 *bis*. Termine il cui decorso copre questa nullità. — 157 - 157 *bis*. Uguale effetto attribuito alla gravidanza della sposa. — 158. Causa speciale e relativa che a certe persone soltanto toglie l'azione predetta. — 159. Come sia sanabile il matrimonio nullo *per incompetenza dell'ufficiale celebrante*.

147. *A*) Secondo il codice civile Italiano, come si è veduto a suo tempo, sono cause di nullità *assoluta* del matrimonio: 1° il difetto della età richiesta per legge; 2° il vincolo di un matrimonio anteriore; 3° il vincolo di parentela; 4° il vincolo di affinità; 5° il vincolo di adozione; 6° il reato di omicidio consumato o tentato sul coniuge anteriore; 7° la incompetenza dell'ufficiale di stato civile o la mancanza dei testimoni all'atto della celebrazione (1).

Ora ci resta da studiare quali siano i modi, i limiti, i mezzi di eccezione che riguardano l'esercizio dell'azione nascente da tali cause di nullità; più precisamente, quali persone sono ammesse dalla legge a proporre l'annullamento del matrimonio, quali circostanze possono sanare e coprire il vizio della nullità, benchè si tratti di nullità assoluta; mentre diremo appresso degli effetti e conseguenze derivanti dall'esercizio dell'azione medesima.

Riguardo dunque alle *persone* autorizzate dalla legge a proporre l'azione di nullità assoluta del matrimonio (articolo 104, cod. civ.) ricorderemo ancora che sebbene sia carattere comune delle nullità assolute quello di potere venir dedotte da qualunque persona interessata, pure il

(1) V. sopra, n. 44, pag. 153.

codice nostro non ha creduto conveniente di attenersi senza altro all'applicazione di questa norma generale, ma ha voluto invece stabilire con precisione le persone che per quelle cause possono impugnare il matrimonio, più specialmente per determinare e distinguere la diversa natura e il titolo dell'interesse in base a cui esse possono agire, e quindi la posizione che compete a ciascuna di quelle persone in ordine all'esercizio della azione di nullità.

È nell'art. 104 del codice civile che sono determinate le persone ammesse a proporre l'azione di nullità assoluta del matrimonio. Tuttavia la disposizione di questo articolo, a tale riguardo, va coordinata e riesce completata con qualche altra disposizione del medesimo capo. Possono dunque agire per tale oggetto:

1° gli sposi stessi; 2° i loro ascendenti prossimi (articolo 104, cod. civ.); 3° il consiglio di famiglia o di tutela (art. 111, cod. civ.); 4° il Pubblico Ministero; 5° tutti coloro che vi abbiano un interesse legittimo ed attuale (dètto art. 104, cod. civ.); 6° il coniuge a cui fosse già vincolato in matrimonio colui che avesse poi contratte altre nozze (art. 113, cod. civ.). — Per quest'ultimo la causa d'impugnare il matrimonio non può essere, evidentemente, che una sola; l'esistenza del matrimonio precedente (art. 56, cod. civ.). Le altre cinque classi di persone possono promuovere la dichiarazione di nullità assoluta per qualunque delle cause contemplate dagli articoli 55, 56, 58, 59, 60 e 62 (d° art. 104, cod. civ.).

Se il nostro legislatore non avesse voluto stabilire espressamente e tassativamente quali fossero le persone che potessero provocare la dichiarazione di nullità assoluta del matrimonio, se quindi tutto avesse dovuto riferirsi alla sola regola generale che le nullità assolute possono essere proposte *da qualunque persona avente interesse*, secondo il principio che l'interesse è la misura delle azioni, sarebbesi dovuto ammettere che bastasse a tal uopo anche un *interesse meramente morale*. Sarebbesi dovuto ammetterlo per

ragione della specialità di questa materia; nella quale l'onore e l'osservanza del buon costume nella famiglia sono interessi assai più preziosi del pecuniario, epperò non meno sufficienti certamente a giustificare la concessione dell'azione in nullità. Nè questo principio fu per verità disconosciuto nel nostro codice, il quale anzi gli rese omaggio quando stabilì che, *oltre a tutti coloro che vi abbiano un interesse pecuniario legittimo ed attuale*, possano promuovere l'azione in nullità *gli sposi, gli ascendenti prossimi, il coniuge* con cui fosse legato precedentemente chi contrasse poscia nuove nozze. Non solo adunque le persone stesse tra cui fu contratto il matrimonio nullo, le quali hanno il più diretto e personale interesse a far dichiarare tale nullità; non solo il coniuge di precedenti nozze, i cui diritti, i cui interessi si trovano offesi dal fatto stesso dell'ulteriore matrimonio; ma anche gli ascendenti, *per questa sola loro qualità* che li impegna potentemente per affetto e per onore al mantenimento del buon costume nella famiglia, possono esercitare l'azione di nullità assoluta del matrimonio contratto dal loro discendente, quand'anche sotto il rapporto pecuniario non vi abbiano nessun interesse attuale.

Siamo quindi ben lungi dal poter accusare la nostra legislazione di avere dimenticato *l'interesse morale*, e d'averlo posposto al pecuniario, non considerandolo suscettibile, come quest'ultimo, di dar fondamento all'azione di nullità. Solamente non qualunque persona sarebbe ammissibile a promuovere la dichiarazione di nullità assoluta di un matrimonio, allegando e provando di avervi un qualunque interesse meramente morale; ma ciò non è concesso fuorchè a quelle persone che sono *espressamente determinate* dalla legge e nelle quali, per ragione della stessa loro qualità, è riconosciuto implicitamente dalla legge medesima un interesse morale bastante a giustificare l'esercizio di tale azione. Così pertanto i parenti in linea collaterale d'uno degli sposi, od i figli nati da esso in costanza di un precedente matrimonio, non potrebbero promuovere la dichiarazione

di nullità valendosi dell'*interesse morale* che vi avessero; ma solo quando potessero allegare un *interesse pecuniario legittimo ed attuale* avrebbero quell'azione, che si fonderebbe allora sulla disposizione generale dell'articolo 104, la quale ammette ognuno che, indipendentemente da qualsivoglia qualità personale, abbia un tale interesse, a poter impugnare il matrimonio infetto d'una nullità assoluta.

Il codice Francese conteneva una disposizione espressa in questo senso, ed era quella dell'art. 187. Essa non fu ripetuta nel codice nostro, non perchè si volesse ritenere una massima contraria, ma perchè era superfluo fare subbietto di disposizione espressa e separata ciò che già risultava abbastanza chiaro dal contesto stesso dell'art. 104, e più particolarmente dall'essere in questo articolo separate nettamente fra loro le categorie delle persone che possono esercitare l'azione di nullità per ragioni di ordine famigliare e sociale, da quelle che possono agire per ragioni di ordine pecuniario.

Del resto è facile rendersi ragione del perchè gli *ascendenti prossimi* d'uno degli sposi, e non i parenti collaterali di lui, nè i figli o discendenti da precedente matrimonio, possano esercitare l'azione di nullità, senz'addurre veruno interesse pecuniario, appoggiandosi al puro interesse morale. Sarebbe stato infatti incongruo e sconveniente che ai figli o discendenti d'uno degli sposi, od anche ai collaterali di lui, si accordasse il diritto di esercitare sul padre e sul collaterale una specie di sorveglianza, d'ufficio di rivendicatori della morale, sconvenienza che non si verifica punto quanto agli ascendenti.

Qualche autore si è spinto perfino ad insinuare, sebbene in modo dubitativo, il pensiero che, nemmeno a fronte di un *interesse pecuniario legittimo ed attuale*, potesse esser concesso al figlio d'altro letto d'impugnare *vivente il padre* il nuovo matrimonio che questi avesse contratto: fondandosi sul principio che *il figlio deve sempre onorare e rispet-*

tare i genitori (1). Ma in verità sarebbe difficile comprendere come una tale dottrina potesse conciliarsi colla disposizione generale ed assoluta che a chiunque riconosce il diritto di provocare la dichiarazione di nullità assoluta d'un matrimonio altrui, purchè vi abbia un *interesse legittimo ed attuale;* nè poi può prestare appoggio molto efficace e sicuro a questa opinione la massima di morale e di diritto che obbliga i figli a rispettare ed onorare i genitori, non potendosi ragionevolmente considerare come una lesione di questo dovere il far valere i proprii diritti legittimi, quantunque ne sia conseguenza necessaria il doversi invalidare un atto compiuto dal genitore (2).

Ciò premesso, entriamo a discorrere particolarmente di ciascuna delle categorie di persone che la legge ammette a poter impugnare il matrimonio infetto di nullità assoluta.

148. *a*) *Gli sposi* stessi sono i primi ed i più direttamente interessati a far pronunciare la nullità assoluta del matrimonio in cui essi siansi illegittimamente legati. Perciò li troviamo indicati in prima linea tra le persone alle quali l'art. 104 del codice civile riconosce il diritto di promuovere la dichiarazione di quella nullità.

E siccome la disposizione della legge è in ciò generale ed assoluta, per modo che sarebbe totalmente arbitrario l'introdurvi una distinzione quale che si fosse, così è chiaro che *tanto all'uno quanto all'altro degli sposi* competerà sempre, *in tutti i casi,* l'azione di nullità assoluta.

Non potrà dunque distinguersi se amendue gli sposi trovinsi in condizioni identiche, o l'uno in condizione diversa dall'altro; per esempio se l'impedimento al matrimonio derivi dai vincoli di parentela, o di affinità, o di adozione

---

(1) Proudhon, t. I, chap. XXII, sect. VII, § 2; Demolombe, t. III, n. 307.

(2) V. in questo senso Marcadé, art. 184, § II, t. I, n. 655; Aubry et Rau, § 461, n. 21; Laurent, II, 493; Borsari, *Comm.*, I, art. 104, § 274; Pacifici-Mazzoni, *Istit.* (2ª edizione), II, 166; Ricci, *Dir. civ.*, I, 177; Saredo, *Op. cit.*, n. 174, pag. 465.

o dall'incompetenza dell'uffiziale di stato civile davanti cui si è proceduto alla celebrazione, o dalla mancanza dei testimoni voluti dalla legge, o dall'essere amendue gli sposi minori dell'età nella quale rispettivamente potevano contrarre matrimonio; cose tutte che sono comuni tanto all'uno quanto all'altro degli sposi ad un tempo; ovvero dipenda dall'essere l'uno di essi minore della età prefissa dalla legge, mentre l'altro dal canto proprio l'abbia già superata. In quest'ultimo caso anche lo sposo che era pienamente capace a contrar matrimonio potrebbe proporre la nullità derivante dall'incapacità personale dell'altro; poichè la causa di nullità del matrimonio è ugualmente comune ad amendue gli sposi, sebbene il fatto che le dà origine riguardi personalmente l'uno soltanto di essi, nè si tratta di far valere *a profitto d'un incapace* la stessa incapacità sua personale, ma di addurre la impossibilità legale in cui erano di contrarre fra loro il matrimonio due persone, l'una delle quali non avesse raggiunta l'età voluta dalla legge. Nè poi, non ostante l'opinione opposta di qualche autore (1), potrebbesi trarre argomento in senso contrario da quanto dispone la legge per gli ascendenti dell'impubere, ai quali vieta d'impugnare il matrimonio da lui contratto qualora vi abbiano acconsentito (art. 111, cod. civ.). È questa una eccezione che la legge fa alla regola dell'art. 104, ed appunto come eccezione non può estendersi ad altri casi fuor di quelli espressamente contemplati. D'altronde, se è vero che lo sposo capace per età ha prestato un consenso valido al matrimonio, ciò non può avere alcuna influenza sulla presente questione; mentre non è per difetto nel consenso, ma per l'età d'uno dei contraenti, la quale osta alla validità legale del matrimonio tra quelle due persone, che il matrimonio stesso viene impugnato. In fine poi non bisogna dimenticare che si tratta qui d'una nullità assoluta d'ordine pubblico, per la quale quindi importava di estendere

---

(1) Delvincourt, t. I, pag. 371, n. 6.

i mezzi per far distruggere ciò che fu compiuto in onta alla legge, al fine di rendere meno facile e meno frequente la trasgressione delle disposizioni di essa (1).

Parimente non sarebbe da distinguere se la causa di nullità assoluta si fondasse sopra un fatto non dipendente da colpa degli sposi, come sarebbe appunto pel difetto di età, pel vincolo di parentela, di affinità, di adozione, per l'incompetenza dell'uffiziale dello stato civile; ovvero si fondasse sopra un fatto colpevole, sopra un reato d'uno dei contraenti, nei casi di *bigamia* (art. 56, cod. civ.) e di condanna penale per crimine di omicidio commesso, mancato o tentato da uno degli sposi sulla persona dell'anteriore coniuge dell'altro (art. 62, cod. civ.). — Sta bene ordinariamente il principio generale che una persona non possa essere ammessa ad argomentare dalla propria colpa, nè quindi a fondare sopra di essa un'azione da intentare a proprio vantaggio — *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans.* — Ma questa massima suppone innanzi tutto che sia questione di un interesse *particolare* della persona che deduca un fatto proprio colpevole; ed è poi, per sè stessa, vera e applicabile solamente nel senso che nessuno possa invocare a proprio vantaggio le conseguenze e gli effetti di un fatto turpe, non già nel senso che non si possa rivelare un fatto proprio anche immorale od illecito, allo scopo di rimuoverne gli effetti che da esso sarebbero derivati, reclamando diritti fondati sopra una causa diversa ed opposta a quel fatto (2). Nel caso nostro invece, versiamo in una materia d'interesse generale, nella quale prevale necessariamente il concetto di circondare quanto più si possa di mezzi di distruzione i matrimoni contratti in onta alle leggi di ordine sociale, in onta al buon costume, alla moralità pubblica. E l'azione che sia intentata dal coniuge

(1) V. Toullier, t. I, n. 626; Duranton, t. I (ed. Bruxelles), n. 902; Aubry et Rau, § 461, n. 15; Demolombe, t. III, n. 300; Laurent, II, 467; Pacifici-Mazzoni, *Istit.* (2ª ediz.), II, 164.

(2) V. il vol. I di questo corso, n. 92, pag. 457.

colpevole deve essere considerata non tanto come invocazione di un suo fatto turpe, quanto piuttosto come la determinazione di non persistere nello stato illegittimamente contratto. Anche il bigamo, anche colui che in giudizio criminale anteriore era stato convinto reo o complice di omicidio volontario commesso, mancato o tentato sulla persona dell'anterior coniuge dell'altro sposo, potrà dunque intentare l'azione di nullità assoluta del matrimonio, secondo i termini generali dell'art. 104 (1).

149. *b*) La seconda categoria delle persone che possono provocare la dichiarazione di nullità assoluta del matrimonio è formata degli *ascendenti prossimi* dell'uno e dell'altro degli sposi. Sono quindi compresi in essa il padre, la madre e gli ascendenti ulteriori tanto della linea paterna quanto della materna, senza limitazione di grado.

La sola *qualità delle persone* è quella, come già avvertimmo (2), che attribuisce il diritto a promuover l'azione di nullità. In questa qualità stessa la legge scorge giustamente gli elementi di un *interesse morale* abbastanza grave per dar fondamento all'esercizio di quell'azione. D'altronde a questo interesse morale sono commisti anche degli interessi materiali. L'obbligo degli alimenti ch'è imposto agli ascendenti verso i discendenti (art. 138, cod. civ.) e che si estende pure allo suocero ed alla suocera verso il genero e la nuora (art. 140, cod. civ.), i diritti successorii che hanno i discendenti nella eredità degli ascendenti, aggiungono una gravità considerevole all'interesse degli ascendenti stessi nel far riconoscere e dichiarare la nullità assoluta d'un matrimonio che potrebbe arrecar loro vergogna e danno.

Così si è sciolta espressamente nel nostro codice una

(1) V. Toullier, t. I, n. 632; Duranton, t. I (ed. Bruxelles), n. 915; Aubry et Rau, § 461, n. 16; Marcadé, art. 184, § I, t. I, n. 654; Demolombe, t. III, n. 300; Laurent, II, 488; Pacifici-Mazzoni, loc. cit.; Borsari, *Comm.*, art. 104, § 271; De-Filippis, *Op. cit.*, IX, 79.

(2) V. sopra, n. 147, pag. 570.

questione a cui lasciava luogo il codice Francese; il quale nell'art. 184, che trattava in generale delle persone ammesse ad impugnare per nullità assoluta un matrimonio, non parlava esplicitamente degli ascendenti, ma in genere *di tutti quelli che vi avessero interesse;* e solo nel successivo articolo 191, riferentesi alla nullità per clandestinità della celebrazione o per incompetenza dell'ufficiale dello stato civile, annoverava anche gli ascendenti fra coloro che potevano impugnare il matrimonio. Onde era opinione di alcuni, che gli ascendenti non potessero provocare la dichiarazione di nullità del matrimonio contratto dal loro discendente, se non *quando vi avessero un interesse pecuniario, nato ed attuale* (1).

Questa opinione però era reietta dal maggior numero degli autori (2) e il loro avviso fu a buona ragione seguìto, come abbiam visto, nel codice Italiano.

Parlando di *ascendenti*, la legge intende qui naturalmente riferirsi agli ascendenti *legittimi e naturali*, ne' quali soli può riconoscersi quella legittima autorità sui discendenti che valga a giustificare la concessione eccezionale della facoltà di far annullare il matrimonio sul fondamento di un semplice *interesse morale;* mentre generalmente richiedesi un interesse pecuniario *legittimo ed attuale.* Ed appunto perchè eccezionale, questa facoltà vuolsi applicare ristrettamente, intendendo, come dicemmo, sotto nome di ascendenti solamente quelli che lo siano *naturalmente e civilmente* ad un tempo. Ciò è confermato eziandio dalla espressione testuale dell'art. 104 che parla degli ascendenti *prossimi;* mentre questo addiettivo non avrebbe scopo nè ragion d'essere rispetto agli ascendenti naturali soltanto, pei quali sappiamo che il vincolo della parentela non si estende, nella linea ascendentale, al di là dei genitori immediati (3).

---

(1) V. Toullier, t. I, n. 626, 633; Duranton, t. I (ed. Bruxelles), n. 915.

(2) V. Delvincourt, t. I, pagina 72, n. 2; Aubry et Rau, § 461, nota 20; Marcadé, art. 184, § 11, t. I, 655; Demolombe, t. III, n. 301; Laurent, II, 489.

(3) V. sopra, n. 6, pag. 18-21.

Possono proporre la nullità assoluta del matrimonio gli ascendenti sì dell'uno che dell'altro degli sposi, senza distinguere se la causa di nullità dipenda da un fatto comune ad amendue, come il vincolo di parentela, di affinità, di adozione, l'incompetenza dell'uffiziale di stato civile, la mancanza dei testimoni, o dipenda da un fatto riguardante particolarmente uno solo degli sposi, come la mancanza dell'età prescritta. Quindi anche gli ascendenti dello sposo pubere potrebbero impugnare il matrimonio ch'egli avesse contratto con un'impubere. Valgono anche qui ragioni analoghe a quelle che furono addotte per dimostrare che amendue gli sposi possono proporre la nullità assoluta del loro matrimonio, quand'anche il fatto che forma la causa della nullità riguardi uno solo di essi (1).

Sotto il codice Francese si disputava se il diritto di proporre la nullità appartenesse a tutti gli ascendenti *concorrentemente*, ovvero soltanto *gradualmente*, all'uno in mancanza dell'altro. Alcuni autori adottavano la prima opinione, appoggiandola alla generalità delle disposizioni della legge ed allo stesso carattere *assoluto* della nullità, che deve quindi essere opponibile senza distinzioni da chiunque possa avervi interesse, mentre un interesse, morale almeno, è riconosciuto a qualunque degli ascendenti per la sola loro qualità personale (2). Altri però propugnavano l'avviso contrario, fondandosi sulla considerazione che il concorso indistinto di tutti gli ascendenti, anche i più remoti, nell'esercizio dell'azione in nullità del matrimonio contratto dal discendente, sarebbe contrario a quella gerarchia, a quella disciplina che la legge stessa ha istituita nella famiglia. D'altronde, dicevano, la concessione agli ascendenti della facoltà di impugnare il matrimonio per un puro interesse morale, è un'eccezione alla regola che esige un interesse pecuniario già nato ed attuale. Questa eccezione non devesi dunque

(1) V. sopra n. 148; cf. AUBRY et RAU, § 461, nª 18: DEMOLOMBE, III, n. 302.
(2) V. AUBRY et RAU, loc. cit., nª 19; MARCADÉ, t. I, art. 184, n. 655; LAURENT, II, 490.

applicare estendendola quanto alle persone che possano nel medesimo tempo esercitare la concessa azione di nullità. Il motivo per cui questa eccezione fu ammessa dalla legge, è l'essere gli ascendenti i vindici naturali dell'onore e della moralità nella famiglia: ma è giusto che quest'uffizio sia affidato di preferenza agli ascendenti *più prossimi*. La legge ha seguito sempre questo sistema quando si è trattato di dare attribuzioni di tal genere alla famiglia ascendente, e più specialmente in questa materia del matrimonio (art. 142, 148, 150, 173, 402, cod. Francese, art. 47, 63, 64, 82, 252, cod. Italiano). Sarebbe evidentemente incongruo che, per esempio, la madre potesse promuovere la dichiarazione di nullità del matrimonio del figlio allorchè il padre, vivente e capace, stimasse opportuno di non agire. Sarebbe questa una manifesta contraddizione collo spirito della legge, che pel consenso al matrimonio del figlio minore si riporta alla volontà del padre, se tra lui e la madre vi ha dissenso, e per le opposizioni al matrimonio ne accorda la facoltà prima al padre che alla madre (1).

Fra queste due opinioni sembra che gli autori del nostro codice abbiano risoluto il dubbio, distinguendo fra due diversi aspetti della questione. È rimarchevole infatti che il nostro art. 104 autorizza a proporre la nullità *gli ascendenti prossimi;* il che manifestamente significa che la *prossimità del grado* determina negli ascendenti l'applicazione attiva della loro qualità personale per l'effetto di far luogo all'esercizio dell'azione in nullità. — Non potranno dunque gli ascendenti intentare quest'azione fuorchè *gradualmente* fra loro, in quello stesso ordine in cui sarebbero chiamati a consentire al matrimonio, ed in cui potrebbero farvi opposizione. Verrà pertanto primo di tutti il padre e insieme a lui anche la madre; questa poi in mancanza del padre; in seguito gli altri ascendenti senza distinzione di linea paterna o materna, ma in ordine di grado; quelli

---

(1) V. Duranton, t. I (ed. Bruxelles), n. 904; Demolombe, t. III, n. 303.

di un grado più remoto solamente in mancanza di quelli il cui grado sarebbe più prossimo. Gli ascendenti di una stessa o di diversa linea, ma *di grado uguale, avranno concorrentemente la facoltà di agire* per la dichiarazione di nullità; di guisa che lo potrà l'uno, quand'anche l'altro, vivente e capace, non volesse agire.

Ma tra gli ascendenti dello stesso grado non sembra che per l'esercizio dell'azione di nullità possa farsi luogo a preferenza o ad esclusioni fra loro in ragione del *sesso;* per es. che, vivente il padre, competa a lui solo, e non anche alla madre, indipendentemente da lui, l'azione di nullità; che tra l'avo e l'avola della medesima linea, l'esercizio dell'azione spetti soltanto all'avo. Veramente una preferenza di questa natura è ammessa dalla legge nostra, per quanto riguarda il diritto di consentire al matrimonio dei minorenni (art. 33 § 1, art. 64 § 1, cod. civ.). Ma l'indole essenzialmente diversa dell'ufficio attribuito ai genitori od ascendenti, per assistere col loro senno e colla loro esperienza i minori che vogliono contrarre matrimonio, e per impugnare un matrimonio dei loro discendenti, che sia nullo di nullità assoluta (1), fa sì che la differenza di locuzione, esistente fra i citati articoli 63, 64 e 104 del codice, debba prestare non già un argomento di analogia, ma piuttosto un argomento *a contrario* per la interpretazione dell'articolo 104; il quale accordando l'azione di nullità genericamente agli *ascendenti prossimi,* dimostra con ciò che si volle risolvere la questione, che testè accennammo essere sorta nella dottrina Francese, nel senso di ammettere una preferenza tra gli ascendenti in rispetto al grado diverso della parentela, e non in riguardo al sesso. Così, al padre o alla madre, e in mancanza di essi all'avo o all'avola, spetterà distintamente e indipendentemente la facoltà di impugnare il matrimonio dei loro discendenti, a termini

(1) V. sopra, n. 78, pag. 288-293, e n. 147, pag. 569-570.

dell'art. 104 (1); analogamente a quanto si è veduto in rapporto al diritto di *opposizione* (2).

Un'altra questione, più importante e più difficile, può sorgere sul punto se il consenso al matrimonio dei discendenti, prestato dagli ascendenti più prossimi, escluda o lasci sussistere la facoltà negli ascendenti di grado più remoto, di impugnare quel matrimonio per causa di nullità assoluta. Anche su questo furono divise le opinioni degli interpreti del codice Francese. Nessuno veramente ha pensato mai che l'avere il genitore o l'ascendente più prossimo prestato il consenso al matrimonio del figlio o discendente tolga in modo assoluto agli altri ascendenti più remoti la facoltà di promuovere la dichiarazione di nullità di quel matrimonio. Ma taluno ha insegnato che, *finchè viva chi ha prestato il consenso*, gli ascendenti d'un grado superiore non abbiano qualità per impugnare il matrimonio, e solamente l'acquistino alla morte del genitore o ascendente che consentì, purchè allora la nullità non sia coperta (3). Altri, al contrario, fu d'avviso che l'eccezione opponibile all'ascendente, il quale dopo avere consentito al matrimonio volesse impugnarlo di nullità assoluta (art. 186, cod. Franc., 111, cod. Ital.), sia puramente relativa, e non possa essere opposta agli altri ascendenti che non abbiano prestato il consenso: di guisa che, per esempio, *il matrimonio celebrato col consenso del padre, a malgrado del dissenso della madre, potrebb'essere impugnato da quest'ultima anche durante la vita del primo*. Bisogna dire però che quest'opinione era ammessa da chi propugnava la teoria che tutti gli ascendenti avessero, non gradualmente, ma concorrentemente, la facoltà d'impugnare il matrimonio del discendente in caso di nullità assoluta (4). Altri, infine, ammetteva pure la stessa massima in generale; ma la limitava dicendo che,

---

(1) Cf. Pacifici-Mazzoni, *Istit.* (2ª edizione), II, 165; Ricci, *Dir. civ.*, I, 176.
(2) V. sopra, n. 132, pag. 499.
(3) V. Duranton, t. I (ed. Bruxelles), n. 905; Demolombe, t. III, n. 323, 2°.
(4) Aubry et Rau, § 461, nª 26.

" quando si tratti di due coniugi, l'autorità della moglie si
" confonde e si perde nell'autorità del marito; di che segue
" che qualora il marito abbia consentito, la moglie non
" potrà, lui vivente, agire più " (1).

A porre perfettamente in chiaro il vero punto di questione, bisogna aver presente fin d'ora una massima che dimostreremo più innanzi a luogo opportuno. L'art. 111 non si applica ad altra causa di nullità assoluta che a quella dipendente dal mancare in uno degli sposi o in amendue l'età necessaria per contrarre matrimonio; epperò anche i genitori, o gli ascendenti stessi, che avessero prestato il consenso al matrimonio del figlio o discendente, potrebbero proporne la nullità per tutt'altra causa che quella dell'età. Quando dunque il matrimonio sia nullo per bigamia, o per vincolo di parentela o di affinità, o per vincolo di adozione, o per incompetenza dell'uffiziale dello stato civile o mancanza di testimoni, o per reato di omicidio, l'avere i genitori o gli ascendenti prestato il loro consenso al matrimonio non potrà arrecare nessuna modificazione alla regola generale dell'art. 104, secondo la quale saranno i genitori, od in loro mancanza gli ascendenti più prossimi, che potranno provocare la dichiarazione di nullità. I termini precisi in cui dovrebbesi presentare la quistione ora discussa sarebbero dunque i seguenti: supposto che un matrimonio sia stato contratto col consenso dei genitori o degli avi, a tenore degli articoli 63 e 64 del cod. civile, tra persone l'una delle quali almeno non abbia raggiunta l'età prefissa dalla legge, gli ascendenti ulteriori potranno proporre la nullità assoluta, dipendente dalla mancanza dell'età necessaria nei contraenti od in uno almeno di essi?

Posto così il quesito, non sembra da esitare a risolverlo nel senso della seconda fra le opinioni riferite sopra; nel senso cioè che l'essere tolta all'ascendente che ha prestato

---

(1) Marcadé, art. 186, t. I, n. 659.

il consenso la facoltà d'impugnare il matrimonio, per difetto di età nel discendente che l'ha contratto, equivalga a *mancanza dell'ascendente predetto*, epperò trasferisca agli ascendenti ulteriori in grado quella facoltà medesima (1).

La prestazione del consenso del genitore o dell'avo non vale certamente a sanare la nullità assoluta di cui il matrimonio è colpito per difetto dell'età necessaria in uno dei contraenti o in amendue. L'art. 111 priva bensì il genitore o l'avo consenziente della facoltà di proporre quella nullità; ma ne lo priva per motivi personali, per la colpa in cui è incorso consentendo ad un matrimonio che non si poteva contrarre, colpa che lo rende agli occhi della legge irricevibile a venirsi a lamentare che siano state violate le disposizioni di essa; ne lo priva affinchè, come disse Portalis, non possa farsi giuoco della fede del matrimonio dopo aver prese a giuoco le leggi. Se dunque la nullità assoluta del matrimonio non è per quel consenso sanata punto in sè stessa, perchè mai sarebbe vietato il proporla a quegli ascendenti ai quali non riguarda affatto quella *eccezione personale*, epperò puramente *relativa*, che si oppone al genitore od all'avo che ha consentito? (2).

La eccezione che priva costui della esercibilità dell'azione in nullità, non lo pone relativamente a questo nella medesima condizione che s'egli mancasse assolutamente? E il negare che l'esercizio di quell'azione si trasmettesse a coloro a cui nelle condizioni ordinarie essa è deferita successivamente in mancanza dei primi, non verrebbe contro l'intendimento generale della legge, che ha voluto estendere quanto fosse possibile l'esercizio dell'azione in nullità chiamandovi molte persone, tra le quali alcune interessate anche moralmente soltanto, acciocchè più difficilmente sfuggisse alla sanzione della nullità un matrimonio che fosse

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Istituz.* (2ª edizione), II, 172, nº 5; De-Filippis, *Corso di dir. civ.*, IX, 80.

(2) Queste considerazioni ci sembrano rispondere sufficientemente alla osservazione contraria del Borsari (*Comm.*, art. 104, § 271 in fine) che la

contratto in onta alle leggi, le quali tutelano la moralità e l'ordine pubblico?

Questa argomentazione sembra rispondere bastantemente anche all'obbiezione che si volesse trarre dall'essere, secondo il nostro art. 104, ammessi ad impugnare il matrimonio assolutamente nullo gli ascendenti, non già *concorrentemente*, ma *successivamente*, l'uno in sussidio all'altro, secondo l'ordine tracciato dalla prossimità del grado. Infatti questa massima non è punto offesa dall'ammettersi a proporre la nullità chi vi sarebbe chiamato solo in un grado successivo, se colui che lo escluderebbe si trova per una eccezione personale posto in condizione perfettamente identica a quella che si verificherebbe s'egli assolutamente mancasse.

Accolta poi, come sembra dimostrato doversi accogliere, questa soluzione del quesito, non pare accettabile la limitazione da altri proposta relativamente alla madre, pel caso che il padre abbia consentito. La madre, tale è l'ipotesi, ha negato il suo assenso; ma avendo consentito il padre, il matrimonio è stato contratto, nullamente però perchè mancava in uno dei contraenti la età necessaria. Perchè mai sarà negato alla madre di esercitare quell'azione di nullità, che è preclusa al padre per solo effetto di una eccezione personale a lui? Si è risposto stare il motivo nel principio che durante il matrimonio *l'autorità della moglie sui figli si confonde e si perde nell'autorità del marito*. Ma è proprio vero che il promuovere l'azione di nullità sia per sua natura non altro che un atto di autorità nella famiglia? Forsechè esercitano un atto di autorità sugli sposi gli estranei che, autorizzati da un interesse pecuniario legittimo ed attuale,

---

decadenza degli ascendenti prossimi dall'esercizio dell'azione di nullità *non equivale* alla loro mancanza, in quanto essi hanno operato, e legalmente operato, hanno espresso una facoltà favorevole al matrimonio, e in tal guisa la facoltà che loro competeva *è stata esaurita*. — Con ciò l'egregio autore, senza avvedersene e con un giro di parole, dà come risolto ciò di cui appunto si questiona.

intentano l'azione di nullità? Più che un atto di autorità, esso è veramente un atto di diritto e d'interesse individuale; interesse che rispetto ai genitori ed agli ascendenti basta che si verifichi, come per essi si verifica sempre, moralmente, ancorchè non vi abbiano un interesse pecuniario. — D'altronde, secondo il sistema della nostra legislazione, non è vero neppure, così assolutamente almeno, che *l'autorità della madre sui figli si confonda e si perda nell'autorità del padre*. È solo l'*esercizio* dell'autorità materna, che durante il matrimonio non si attua fuorchè occasionalmente, quando il padre non possa esercitare la patria podestà (art. 220, cod. civ.). Ma questo appunto si verificherebbe nel caso nostro: chè essendo impossibile al padre l'esercitare la podestà, che per diritto ordinario gli competerebbe, d'impugnare il matrimonio del figlio, nullo di nullità assoluta, e ciò per la eccezione che in forza dell'articolo 111 è opponibile personalmente al padre stesso, si attiverebbe invece la corrispondente podestà della madre. Ben lungi dall'esser contraria al sistema generale sulla podestà dei genitori, come è regolata dalla nostra legge, l'opinione che sosteniamo vi è dunque perfettamente conforme. E questa soluzione neppure sarebbe incompatibile coll'altra opinione, di cui dicemmo più sopra (ove si credesse accettabile) che cioè, viventi amendue i genitori, non spetti se non al padre il proporre la nullità del matrimonio del figlio (1); giacchè in quel caso la questione era di preferenza tra due persone nell'esercizio d'un'azione, della quale sì l'una che l'altra separatamente sarebbero capaci; mentre nella quistione attuale supponiamo che il padre sia, in virtù dell'art. 111, nella impossibilità di esercitare l'azione di nullità del matrimonio del figlio, e domandiamo se questa circostanza precluda l'esercibilità di quell'azione anche a danno della madre.

---

(1) V. sopra questo num., pag. 577-579.

150. c) *Del consiglio di famiglia e di tutela* non è parlato dall'art. 104, che pure ha per oggetto di determinare quali siano le persone che possono proporre la nullità assoluta d'un matrimonio. Da ciò dovremmo concludere, secondo la massima che le disposizioni della legge in questa materia sono restrittive, che l'esercibilità dell'azione di nullità assoluta fosse negata al consiglio di famiglia o di tutela come tale (prescindendo cioè dall'azione che possa competere singolarmente ai membri di esso, o nella qualità di parenti, o in quella di aventi un interesse legittimo ed attuale).

Veramente sarà ben raro che al detto consiglio si presenti il bisogno di esercitare quell'azione, perchè al matrimonio del minore che non abbia superstiti nè genitori, nè adottante, nè avi, nè avole, o se a niuno di essi sia possibile di manifestare la propria volontà, sarà necessario il consenso del consiglio di famiglia quando il minore proceda da figliazione legittima (art. 65 comb. cogli art. 249, 251, 252, cod. civ.), e quando il minore sia nato fuori di matrimonio occorrerà il consenso del *consiglio di tutela* (art. 66 comb. col 251, cod. civ.). Allora pertanto, se il matrimonio sia stato contratto dal minore senza riportare l'assenso del consiglio di famiglia o di tutela, questo potrà far annullare il matrimonio stesso in forza della nullità relativa derivante dalla mancanza di quella formalità necessaria (art. 108, cod. civ.); senza bisogno di proporre la nullità assoluta di cui fosse inoltre infetto il matrimonio medesimo. Ma può accadere che il consenso sia stato effettivamente prestato per errore dal consiglio di famiglia o di tutela, il quale ignorasse l'impedimento dirimente che vi ostava. Può darsi eziandio che il matrimonio sia stato contratto quando il minore non era ancora soggetto a tutela, ma a patria podestà, e il genitore che la esercitava o non abbia dato il consenso o l'abbia dato per errore. Può essere finalmente che, quantunque soggetto a tutela, il minore avesse superstite l'adottante, od avi od avole, dai

quali, e non dal consiglio di famiglia, dovesse riportare il consenso al matrimonio ch'egli volesse contrarre. In questi casi adunque può presentarsi opportuno al consiglio di famiglia o di tutela il proporre la nullità assoluta, da cui sia viziato il matrimonio del minore; ed è razionale che questa facoltà appartenga, nell'interesse dell'onore e del buon costume della famiglia, a quel corpo a cui, riguardo al matrimonio del minore, è affidata dalla legge un'autorità somigliante a quella dei genitori. Pure, stando alla disposizione dell'art. 104, dovrebbesi ritenere, secondo ciò che fu notato in principio di questo numero, che il consiglio di famiglia o di tutela fosse escluso dal novero delle persone che possono proporre la nullità assoluta d'un matrimonio. Se non che l'art. 111 dichiarando che “ il matrimonio contratto prima che gli sposi o l'uno di essi avesse l'età fissata, non può essere impugnato dagli ascendenti nè dal *consiglio di famiglia o di tutela che vi abbiano consentito* „, dimostra, implicitamente sì ma con piena evidenza, che in questo caso almeno il consiglio di famiglia o di tutela può impugnare il matrimonio del minore soggetto alla sua autorità, purchè a quel matrimonio *non abbia acconsentito.* Ora, se ciò si ammette dalla legge pel caso che la causa di nullità consista nella mancanza, in uno almeno degli sposi, della età fissata, sarebbe strano che lo negasse allorchè le cause di nullità fossero più gravi, come la bigamia o l'incesto.

Perciò la dottrina Francese, spiegando gli articoli 184 e 186 di quel codice, corrispondenti al 104 ed al 111 del nostro, stabiliva generalmente la detta massima, che il consiglio di famiglia avesse facoltà di proporre una nullità assoluta contro il matrimonio del minore soggetto alla sua autorità (1). Alcuni ritenevano che nell'art. 186 del codice Francese, sotto il nome di *famiglia* dovesse intendersi la

---

(1) V. Marcadé, art. 184, § II, t. I, n. 655, art. 186, n. 659; Demolombe, t. III, n. 304.

parentela, tutti i membri della famiglia nel senso più generale, non già il *consiglio di famiglia* (1). Ma questa opinione, respinta da altri, come notammo, non fu accolta nel nostro codice, il quale ha tolto ogni cagione di dubitare, parlando esplicitamente nell'art. 111 del *consiglio di famiglia o di tutela*. Così si fosse troncata più apertamente anche la quistione, se il consiglio di famiglia o di tutela possa proporre *qualunque nullità assoluta* del matrimonio del minore a lui soggetto! Si sarebbe potuto ottenerlo molto facilmente coll'aggiungere nell'art. 104 la menzione anche del consiglio di famiglia o di tutela.

Ma in ogni modo l'argomento che risulta dall'art. 111, per quanto indiretto, è abbastanza palese e abbastanza logico per trarne la deduzione che l'azione di nullità, negata al consiglio di famiglia o di tutela nel caso ivi espresso, s'intenda essergli accordata per gli altri casí (2). Nè sembra fondata l'obbiezione accampata da un eminente interprete del codice Francese, e riprodotta da un trattatista italiano, che la induzione tratta così dall'art. 111 (art. 186, codice Francese) contraddica al carattere tassativo dell'art. 104 (art. 184, 191, cod. Franc.) (3). È facile infatti rispondere, che il carattere tassativo va considerato, non nell'art. 104 in ispecie, ma *nella legge* guardata nel suo complesso. E purchè esista una disposizione di legge, dalla quale risulti in modo non dubbio essersi accordata a certe persone l'azione di nullità, ancorchè tale disposizione sia fuori dello articolo che principalmente se ne occupa, il principio della interpretazione restrittiva è rispettato abbastanza. Così a cagion d'esempio, anche in tema di autorizzazione maritale è massima incontestabile che le disposizioni di legge che la impongono sono tassative; e tuttavia, senza che resti contraddetto questo principio, vediamo l'art. 1743, § 2,

---

(1) V. Toullier, t. I, n. 627; Zachariæ, § 461, n. 3, 1, n. 3; Laurent, II, 491.
(2) Cf. Pacifici-Mazzoni, *Istituz.* (2ª edizione), II, 165 in fine; Borsari, *Comm.*, art. 104, § 272.
(3) Laurent, II, 491; De-Filippis, op. cit., IX, 83 in fine.

contemplare un caso in cui l'autorizzazione è necessaria, e che non è previsto dall'art. 134 nella sede propria dell'argomento.

151. *d*) Abbiamo più volte avuto occasione di ripetere come sia d'interesse generale l'annullazione di quei matrimoni i quali siano contratti contravvenendo alle leggi, da cui sono rigorosamente determinate le condizioni necessarie alla loro validità. Era dunque naturale che al *Ministero Pubblico*, rappresentante legale della società offesa da queste unioni illegittime, che attentano al buon costume pubblico, fosse data un'azione diretta a far dichiarare giudizialmente la nullità di esse. Anche il nostro codice vi ha provveduto, annoverando il Ministero Pubblico fra le persone che possono impugnare per qualunque causa *di nullità assoluta* i matrimoni che ne siano infetti (art. 104).

Quest'azione d'indole puramente civile, e da intentarsi perciò davanti ai tribunali civili, non si può confondere coll'*azione penale* che talvolta il Ministero Pubblico potrebbe avere ad esercitare, per esempio per bigamia (art. 359, codice penale).

Il codice Francese, colle espressioni che aveva adoperate nell'art. 190, lasciava dubbio se l'esercizio dell'azione di nullità, nei casi contemplati dalla legge, fosse nel Ministero Pubblico una semplice *facoltà*, od un rigoroso *dovere* (1). Questo dubbio è stato tolto completamente dal nostro codice; il quale dicendo che il matrimonio assolutamente nullo *può essere impugnato* dal Pubblico Ministero, dimostra con tutta l'evidenza come ritenga *facoltativo* l'esercizio di tale azione da parte di quel funzionario. E così doveva essere; potendosi verificare circostanze per le quali peggiore dello scandalo che si vorrebbe riparare, fosse quello dell'annullazione del matrimonio.

Quando l'unione illegittimamente contratta sia sciolta

---

(1) Cf. Aubry et Rau, § 461, n° 23; Demolombe, III, 311; Laurent, II, 495.

per la morte d'uno dei coniugi, cessa da sè lo scandalo e il disordine ch'era cagionato da quel matrimonio, cessa quindi ad un tempo ogni motivo dell'azione che la legge attribuiva al Ministero Pubblico per farlo annullare. Perciò " l'azione di nullità non può essere promossa dal Pubblico " Ministero dopo la morte d'uno dei coniugi „ (art. 114, codice civ.).

In ordine a questa norma di legge sembra certo anzitutto, ed è ammesso più o meno esplicitamente da tutti gli autori, che essa è applicabile non già limitatamente al solo caso di un matrimonio viziato per bigamia (caso contemplato nel precedente art. 113), ma generalmente invece per tutte le cause di nullità del matrimonio. E infatti la collocazione materiale della regola scritta nell'art. 114, dopo la ipotesi contemplata nell'art. 113, non può prestare fondato argomento per indurne una subordinazione di quella a questa, e ritenere che solo pel caso di bigamia la morte di uno dei coniugi tolga l'azione di nullità al Pubblico Ministero. È chiaro all'opposto come la regola dello articolo 114 si ricolleghi a quella dell'art. 104, che per tutte le cause di nullità assoluta autorizza il Pubblico Ministero ad agire; in altri termini, l'art. 114 non è che una esplicazione limitativa dell'art. 104, rispetto al Pubblico Ministero, così come gli articoli intermedi ne sono una esplicazione rispetto alle altre persone che sono investite dell'azione di nullità. E se si prescinde da questo argomento, nè il testo dell'art. 114, che è generale ed incondizionato, nè il confronto di esso coll'art. 190 del codice Francese, da cui è derivato, nè infine i motivi della legge i quali si riassumono nella inutilità di annullare per via d'azione pubblica (a parte quella che può spettare ad ogni persona singolarmente interessata) un matrimonio già sciolto di per sè, — potrebbero giustificare la supposizione che, allo infuori del caso di bigamia, per le altre cause di nullità restasse aperta l'azione al Pubblico Ministero anche dopo la morte di uno dei coniugi.

151 *bis*. Ma un dubbio più serio e difficile si presenta sul punto se, nel caso speciale che la nullità del matrimonio dipenda dalla esistenza di un matrimonio anteriore, l'articolo 114 escluda l'azione del Pubblico Ministero solo per la morte di uno dei coniugi del secondo matrimonio, o anche per la morte del primo coniuge la cui esistenza ostava alla legalità del matrimonio stesso. Già nella prima edizione di quest'opera (1) aderimmo alla opinione comune, che ritiene dovere essere parificata, per l'applicazione dell'articolo 114, la morte del coniuge anteriore a quella di uno dei nuovi sposi; in quanto che in amendue i casi viene a mancare quello stato di disordine morale e sociale, su cui trova fondamento l'azione accordata al Pubblico Ministero (2). Contro questa massima si è pronunciato però un eminente civilista, osservando che la cessazione dello scandalo non basta per estendere così la limitazione contenuta nell'art. 114 (190, cod. Franc.), poichè " ciò prova soltanto " che il Pubblico Ministero farà bene ad astenersi. È una " regola di prudenza che l'interprete può dargli, ma egli " non ha il diritto di creare un *fine di non ricevere* contro " l'azione pubblica. Il legislatore solo ha questo diritto; " ora la legge non dice che il Ministero Pubblico sia irri- " cevibile quando lo scandalo cessi. Ciò decide la que- " stione „ (3).

In realtà ci sembra che questa soluzione sia troppo leggiera, per poter essere decisiva, come afferma l'illustre giurista. L'indole e lo scopo speciale dell'azione affidata al Pubblico Ministero (oltre che a qualunque persona interessata) giustificano secondo noi la soluzione contraria; per-

---

(1) Vol. II, n. 39, pag. 104.

(2) Duranton, I, 917 (edizione Bruxelles); Aubry et Rau, § 461, n^a^ 23; Demolombe, III, 310.

Appena è da avvertire, del resto, che la questione verte soltanto sulla cessazione dell'azione da parte del Ministero Pubblico, senza che possa dirsi per questo coperta la nullità in sè stessa e improponibile l'azione da parte di altri interessati. — Cf. sopra, n. 50, pag. 169.

(3) Laurent, II, 496.

ciocchè dal momento che colla morte del primo coniuge è sparito l'ostacolo alla validità del secondo matrimonio, dal momento che ove questo venisse annullato esso potrebbe immediatamente essere celebrato di nuovo, mal si comprende che si riconosca al Pubblico Ministero il diritto di promuovere una dichiarazione di nullità più che altro formale. È qui precisamente che si manifesta la grande differenza che intercede fra l'azione di nullità competente ai singoli interessati e quella attribuita al Ministero Pubblico. Rispetto ai primi, la possibilità attuale di rinnovare la celebrazione del matrimonio che venisse annullato, non basta, come vedemmo in altra occasione (1), per escludere in essi il diritto di prevalersi della nullità del matrimonio, per tutte le conseguenze civili che possono derivarne, e che saranno diverse secondo che si riattacchino alla precedente o alla nuova celebrazione. Rispetto al Pubblico Ministero invece, il quale agisce, non per la tutela di diritti particolari di determinati individui, i quali hanno già in proprio l'azione di nullità, ma per l'ordine morale, per gli interessi generali della società, si può ben dire che la possibilità di rinnovare attualmente la celebrazione del matrimonio, toglie logicamente ogni effetto, e quindi ogni base allo annullamento che egli volesse provocare. Nè quindi è supponibile che l'art. 114, applicato al caso di un matrimonio nullo per bigamia, e dichiarando esso che il Pubblico Ministero non può agire dopo la morte d'uno *dei coniugi*, si riferisca soltanto alle persone dei coniugi (illegittimi) del secondo matrimonio, e non anche a quella del primo coniuge legittimo.

Per giustificare la tesi del Laurent, bisognerebbe spingersi più innanzi, e sostenere che il vincolo di un precedente matrimonio formi ostacolo non solo alla validità civile, ma ancora alla esistenza giuridica del secondo matrimonio; e che in conseguenza, trattandosi di un

---

(1) V. sopra, n. 137 *bis*, pag. 541.

matrimonio inesistente in diritto, non possa escludersi la facoltà nel Pubblico Ministero di farne dichiarare giudizialmente la inesistenza legale, salva pure essendo la licitezza attuale di una seconda celebrazione. Ma il supposto che sia da considerare come legalmente inesistente il matrimonio contratto, perdurante il vincolo di un matrimonio anteriore, sembra sufficientemente combattuto dalle considerazioni esposte altrove per dimostrare che sia questo invece un caso di nullità, benchè assoluta e di ordine pubblico (1), come è inoltre combattuto dallo spirito del nostro codice in tutto questo capo della nullità (2), e altresì dalla circostanza che la legge interdice intanto al Ministero Pubblico l'esercizio dell'azione *dopo la morte di uno dei coniugi*, il che non può conciliarsi coll'idea che si versi in tema d'inesistenza giuridica, la dichiarazione della quale dovrebbe potersi provocare od opporre in qualunque occasione.

151 *ter*. Una seconda e delicata questione fu sollevata in Francia riguardo all'azione per nullità del matrimonio da parte del Pubblico Ministero. La facoltà di chiedere l'annullamento, a termini degli art. 184 e 190 (104, cod. Ital.), implica per esso il diritto inverso di agire *per la validità* del matrimonio? — A ben comprendere la domanda, è da premettere che anche secondo la legislazione nostra l'ufficio del Ministero Pubblico può assumere due aspetti ben distinti, pur nelle cause di nullità di matrimonio. Il Pubblico Ministero può intervenirvi per esprimere il suo *parere* e prendere le sue conclusioni, ove il giudizio sia promosso da altri (art. 346, n. 4, cod. proc. civ.); o può invece promuovere direttamente l'azione di nullità a termini dell'art. 104, cod. civ., nel qual caso egli si rende propriamente *parte* in causa. Ciò stante, si comprende

(1) V. sopra, n. 49, pag. 164.
(2) V. sopra, n. 142, pag. 544.

che la difficoltà proposta non può mai presentarsi nei giudizi di prima istanza; poichè se il Pubblico Ministero reputi illegittimo l'annullamento del matrimonio, non avrà da far altro che astenersi dal promuovere l'azione, e ove questa sia intentata da altri, concludere (come naturalmente ne ha diritto) in senso contrario alla domanda dell'attore. Solo quando sia pronunciata la sentenza la quale, in ipotesi, abbia accolta la domanda di nullità, contro le conclusioni del Pubblico Ministero, può sorgere il dubbio accennato, se cioè egli abbia veste e facoltà per promuovere in sede di appello la dichiarazione di validità del matrimonio.

La dottrina e la giurisprudenza di Francia (la cui legislazione anche in questo punto corrisponde alla nostra) furono discordi nella soluzione, che si dovette studiare ai termini della legge 20 aprile 1810 sulla organizzazione giudiziaria, la quale all'art. 46 dopo aver dichiarato che “ En matière civile le ministère public agit d'office *dans* “ *les cas spécifiés par la loi* „ — soggiunge tosto che “ Il “ poursuit d'office cette exécution (des lois) *dans les dispo-* “ *sitions qui intéressent l'ordre public* „. — Di fronte a tale disposizione di legge, coloro che volevano estendere la missione del Pubblico Ministero fino a riconoscergli una azione diretta per provocare la convalidazione dei matrimoni attaccati di nullità, osservavano: essere ciò reclamato altamente dalla moralità e dall'ordine sociale, acciò il Pubblico Ministero possa intervenire contro il possibile abuso (confermato dall'esperienza) che per una dolosa collusione fra le parti si cerchi di ottenere in sostanza un divorzio per mutuo consenso, sotto la forma di una azione di nullità: corrispondere a questo scopo anche la legge positiva, in quanto che se il citato art. 46 della legge 20 aprile 1810 comincia col dire che il Ministero Pubblico agisce d'ufficio *nei casi specificati dalla legge*, mentre il codice civile non gli conferisce altra azione che quella per l'annullamento dei matrimoni, è anche vero

che il capoverso dello stesso articolo autorizza ed agire di ufficio per la esecuzione delle leggi che *interessano l'ordine pubblico*, tra le quali non può dubitarsi che rientrino anche quelle che riguardano la conservazione di un matrimonio valido: e se, infine, di queste due parti dell'articolo 46 l'una sembra quasi contraddir l'altra, unica interpretazione possibile è quella di ritenere che la seconda parte di esso articolo contenga una massima *generale*, per la quale sia attribuita azione al Pubblico Ministero, indipendentemente da una espressa designazione di casi, di fronte alla quale anzi la massima posta nel detto capoverso non avrebbe significato nè scopo, mentre poi possono esservi casi nei quali il Pubblico Ministero è autorizzato ad agire, senza che siavi impegnato veramente l'ordine pubblico (per esempio, in tema di assenza presunta), e pei quali soltanto occorre una disposizione speciale di legge (1). — Altri però negavano la facoltà nel Pubblico Ministero di agire per la validità dei matrimoni, osservando: che, in principio, il diritto di proporre la nullità del matrimonio non può importare il diritto inverso di domandarne la validità, poichè anche le parti private, a cui la legge concede l'azione di nullità, non possono in generale promuovere, in modo principale e diretto, la dichiarazione della validità del matrimonio, nè saprebbe come giustificarsi a tale riguardo una differenza di trattamento fra le persone private e il Ministero Pubblico, ai quali la legge accorda l'azione negli stessi termini: che questa limitazione nell'ufficio del Pubblico Ministero è confermata anche dal testo della legge positiva, perciocchè, se l'art. 46 della legge del 1810 dichiara prima che esso agisce d'ufficio nei casi specificati dalla legge, e soggiunge appresso che egli promuove d'ufficio l'esecuzione delle leggi nelle disposizioni che interessano l'ordine pubblico,

---

(1) Cf. MERLIN, *Répert.*, v° *Mariage*, sect. VI, § 3, n. 3; DEMOLOMBE III, 312.

è naturale spiegare questa seconda disposizione nel senso medesimo della regola precedentemente stabilita, nel senso cioè che il Pubblico Ministero ha diritto di agire d'ufficio quando concorrano simultaneamente le due circostanze, che si tratti di un caso specificato dalla legge, e che si trovi interessato l'ordine pubblico; poichè altrimenti, ammettendo che il Pubblico Ministero abbia azione per ciò solo che si tratti di una materia di ordine pubblico, e indipendentemente allora da una speciale disposizione di legge, rimane distrutta completamente la regola sancita nella prima parte dall'art. 46. E più recentemente il Laurent, aderendo a questa soluzione, proponeva un'altra ingegnosa e più radicale argomentazione, sostenendo che nella questione presente è alle disposizioni del codice civile, e non a quelle della legge sull'organizzazione giudiziaria che devesi aver riguardo; in quanto che, rispetto al còmpito del Ministero Pubblico per le cause di nullità dei matrimoni, il codice civile costituisce una legge anteriore e speciale; la legge del 1810 è una legge posteriore e generale; e non può quindi ammettersi che la legge del 1810 abbia derogato al codice civile, estendendo le attribuzioni del Ministero Pubblico più in là di quanto risulta dal codice civile, al quale potrà rimproverarsi una lacuna che non è però in potere dell'interprete il riparare (1).

Fra gli scrittori nostri nessuno si occupa della questione, tranne il *Borsari;* il quale afferma, senza vedervi difficoltà, che il Pubblico Ministero non ha veste per promuovere in appello la dichiarazione di validità di un matrimonio (2). Però la ragione di dubitare esiste anche per noi, sebbene in grado minore (a quanto ci sembra), perocchè anche la nostra legge sull'ordinamento giudi-

(1) Cf. DALLOZ, *Jurispr. gén.*, v° *Mariega,* n. 1-3; AUBRY et RAU, § 458, n° 6; LAURENT, II, 498 in fine.
(2) BORSARI, *Comm.* art. 104, § 273.

ziario del 6 dicembre 1865 contiene disposizioni consimili a quella della legge francese del 1810. Le norme di quella legge, in quanto riflette le attribuzioni del Pubblico Ministero nei giudizi civili, sono formulate così:

Art. 139, § u° " Il Pubblico Ministero... ha pure azione " diretta *per fare eseguire ed osservare le leggi d'ordine* " *pubblico e che interessano i diritti dello Stato, semprechè* " *tale azione non sia ad altri pubblici ufficiali attribuita* „.

Art. 140, § 2. " Nelle materie civili dà il suo parere " o *procede anche per via di azione nei casi rispettivamente* " *determinati dalla legge* „ (1).

Così, se si guarda alle dichiarazioni contenute in questa legge, convien riconoscere che esse ci presentano quasi la stessa ambiguità già lamentata nella legge francese; in quanto che il disposto dell'art. 139 sembra estendere l'azione del Ministero Pubblico a tutti i casi in genere in cui sia interessato l'ordine pubblico, l'art. 140 sembra all'incontro restringerlo ai casi specificamente designati dalla legge. Senonchè occorre prima valutare la obbiezione pregiudiziale del Laurent, che cioè essendo la legge sull' ordinamento giudiziario una legge generale (per quanto concerne l'ufficio del Pubblico Ministero nei giudizi civili), e il codice civile contenendo una legge speciale, quella non possa prevalere su questo. Se non erriamo però, anche questo punto di questione si presenta per noi in circostanze alquanto diverse; poichè il Laurent argomenta principalmente dal fatto che la legge del 1810 è posteriore al codice Napoleonico, mentre il nostro codice civile e la legge sull'ordinamento giudiziario del 6 dicembre

(1) È utile ricordare che le restrizioni circa l'intervento del Ministero Pubblico nei giudizi civili, portate dalla successiva legge 25 novembre 1875, non riguardano affatto la materia in esame. Queste restrizioni si riferiscono soltanto all'assistenza del Pubblico Ministero a tutte le udienze civili, prescritta dall'art. 141 della legge 6 dicembre 1865; mentre che coll'art. 1 della legge 25 novembre 1875 tale assistenza fu resa facoltativa, tranne che nelle cause matrimoniali, nei casi in cui egli procede per via di azione diretta, e nelle altre cause in cui ha obbligo di concludere.

1865, benchè promulgati in epoche di poco differenti, entrarono simultaneamente in vigore al 1° gennaio 1866 (art. 291 della legge stessa). Per noi dunque la questione non è tanto sulla deroga o modificazione, che possa o no essere recata da una legge susseguente ad una precedente (1), quanto sul doversi o non completare e coordinare fra loro due leggi in sostanza contemporanee. Ora non sapremmo vedere ragione sufficiente per attribuire in questa parte un valore esclusivo e limitativo alle disposizioni del codice civile; il quale può avere contemplato espressamente l'azione del Ministero Pubblico in rispetto solo all'annullamento dei matrimoni, per essere questa l'ipotesi più comune e frequente a presentarsi, senza intendere con questo di disconoscere o menomare il valore della massima generale sancita nell'art. 139 surriferito della legge sull'ordinamento giudiziario, e senza quindi negare il diritto di agire nel Pubblico Ministero, per mantener fermo un vincolo coniugale contro un illegittimo annullamento. Ciò si conferma altresì coll'osservare che l'art. 139 in esame stabilì esso stesso il limite dell'azione conferita al Ministero Pubblico, dicendo che egli agisce per fare osservare le leggi di ordine pubblico *semprechè tale azione non sia ad altri pubblici ufficiali attribuita;* il che manifesta chiaramente l'idea fondamentale della legge nostra, che nessuna disposizione di ordine pubblico deve trovarsi senza la vigilanza e la facoltà di agire di un pubblico ufficiale. In conseguenza il solo silenzio del codice civile circa l'azione diretta a conservare validità ai matrimoni non può bastare a decidere la nostra questione in senso negativo; poichè in tal caso avremmo una applicazione di legge indubbiamente di ordine pubblico, e confidata soltanto all'interesse e alla volontà dei privati, contro il concetto e lo spirito dell'art. 139. Sembra

(1) I principii relativi a questo argomento furono esposti nel volume I di questo corso, nn. 140-141, pag. 999 e seg.

quindi doversi concludere che nella correlazione fra il codice civile e la legge sull'ordinamento giudiziario, l'ufficio del Pubblico Ministero nelle questioni di nullità dei matrimoni non deve ritenersi ristretto a quello che il codice designa in modo più espresso, ma va determinato coi criteri risultanti dall'art. 139 della legge sull'ordinamento giudiziario, che stabilisce propriamente la regola generale circa la competenza del Pubblico Ministero.

Resta tuttavia il secondo aspetto della questione; se cioè, ritenuta anche l'applicabilità della legge predetta, non debba dirsi che il confronto tra il disposto dell'articolo 139, § 1° e quello dell'art. 140, § 2 (corrispondenti alle due parti dell'articolo 46 della legge francese) presta altro argomento a negare che il Pubblico Ministero abbia azione diretta per sostenere la validità dei matrimoni. Già abbiamo accennato le due interpretazioni contrarie sostenute nella dottrina e giurisprudenza francese, per determinare la prevalenza della disposizione che accorda azione al Pubblico Ministero *nelle disposizioni che interessano l'ordine pubblico*, o piuttosto dell'altra secondo cui egli agisce *nei casi specificati dalla legge*. — Di fronte alla legge nostra v'è una speciale circostanza, lieve in apparenza, ma in realtà importante, e secondo noi decisiva. Gli art. 139 e 140 della legge, riproducendo le due disposizioni dell'art. 46 della legge francese, non solo le hanno staccate in due articoli successivi, ma ne hanno invertito l'ordine. Il nostro art. 139 comincia col riprodurre la disposizione che era contenuta nella seconda parte dell'art. 46; e il successivo art. 140 contiene quella che nell'art. 46 veniva per prima. Non è dunque infondato il ritenere che per noi la regola vera, la regola generale, sta nella massima posta nell'art. 139, che il Pubblico Ministero “ *ha pure azione diretta per fare eseguire le leggi* “ *d'ordine pubblico* „; regola che resterebbe completamente distrutta, se si pensasse poi che, in forza del successivo art. 140, il Pubblico Ministero avesse azione solo nei casi

espressamente contemplati dalla legge; giacchè di fronte a speciali disposizioni di legge, null'altro può occorrere, e la dichiarazione generale dell'art. 139 verrebbe a mancare di qualunque scopo e significato. Così, nell'ordine in cui si trova collocato, l'art. 140 (che dice procedere il Pubblico Ministero per via di azione nei casi determinati dalla legge) va spiegato come una disposizione di semplice *richiamo* di altre disposizioni; e tra le disposizioni di legge a cui esso allude deve pure essere compresa quella del precedente art. 139, che accorda l'iniziativa al Ministero Pubblico, per garanzia di ogni legge di ordine pubblico che non sia affidata ad altri ufficiali; di guisa che il significato complessivo delle due disposizioni è che il Pubblico Ministero procede per via di azione, oltrechè nei casi specialmente determinati dalla legge, per la osservanza della legge di ordine pubblico (1).

Chè se infine dell'esame del testo si voglia risalire alla ragione della legge, non par difficile comprendere che gli stessi motivi di moralità e di interesse generale, pei quali la legge conferisce al Pubblico Ministero l'azione di nullità assoluta dei matrimoni, si verificano o possono verificarsi in senso inverso per riconoscergli azione nel caso che per sorpresa od errore dei primi giudici, per illecita connivenza delle parti, sia per venir rotto un matrimonio validamente contratto. Nè sembra fondata in contrario la osservazione (già rimarcata in principio) che la posizione del Pubblico Ministero debba essere perfettamente uguagliata a quella delle parti private a cui la legge accorda

---

(1) Nemmeno potrebbe obbiettarsi che l'art. 139, colle parole " Ha pure " azione diretta per far eseguire ed osservare *le leggi d'ordine pubblico e* " *che interessano i diritti dello Stato* ", intenda esigere cumulativamente le due condizioni che si tratti di materia d'ordine pubblico e che questa interessi i diritti dello Stato. Se ciò fosse, il testo conterrebbe una strana superfetazione, giacchè le leggi che interessano i diritti dello Stato non hanno bisogno d'altro per essere leggi d'ordine pubblico. Il senso naturale e logico (non contraddetto neanche dal tenore letterale) di questo disposto di legge, è dunque che esso consideri alternativamente le leggi di ordine pubblico *e quelle* che interessano i diritti dello Stato.

l'azione di nullità; poichè in ogni caso ciò che caratterizza e distingue l'azione attribuita al Ministero Pubblico, è lo scopo dell'azione, che per lui sta essenzialmente nel mantenimento dell'ordine sociale, in quanto è impegnato alla sussistenza o meno dei matrimoni, mentre le parti private possono agire anche solo pel loro particolare interesse, il che implica parità di titolo nel Pubblico Ministero di agire sia per la nullità, sia per la validità dei matrimoni stessi, e potrebbe forse autorizzare l'interprete a ritenere che anche il Codice civile, per sè solo considerato, attribuendogli espressamente l'una di queste azioni, gli abbia implicitamente e virtualmente conferita anche l'altra.

152. *e*) La quinta categoria delle persone a cui è concesso di intentare l'azione di nullità assoluta d'un matrimonio, è costituita da *tutti coloro che vi abbiano un interesse legittimo ed attuale* (art. 104, § 1, cod. civ.).

Conformemente alle spiegazioni già premesse (1), l'interesse di cui qui parla la legge deve intendersi unicamente come un interesse *pecuniario*. Solo così possiamo renderci ragione del contesto di questa disposizione, la cui frase finale (*coloro che vi abbiano un interesse legittimo ed attuale*) comprenderebbe già in sè e renderebbe inutili le dichiarazioni precedenti di speciali categorie di persone investite dell'azione di nullità; se appunto non fosse pensiero della legge che le persone designate precedentemente in modo speciale possano agire anche per solo interesse morale, e indipendentemente da un preciso interesse pecuniario, che invece è richiesto per le altre persone a cui viene concessa l'azione di nullità.

Non basta però un interesse pecuniario qualunque, ma richiedesi dall'art. 104 che esso sia *legittimo* ed *attuale;* legittimo, cioè fra quelli che sono consacrati e guarentiti

---

(1) V. sopra, n. 147, pag. 569-571.

dalla legge civile; attuale, cioè già aperto, già *acquistato*, chè tale non sarebbe una semplice speranza od aspettativa, avvertendo però di non confondere colle semplici aspettative i *diritti condizionali*, poichè quantunque i diritti condizionali non siano diritti attuali in modo puro e semplice, pure ove ne sia sorto il titolo costitutivo possono e devono considerarsi come diritti *acquisiti*, in quanto restano tenuti in sospeso unicamente dalla incertezza di un evento futuro da cui dipendono (1), e conferirebbero pertanto alla persona investita di quel diritto, ove la sua realizzazione si trovasse contrastata dalla esistenza di un matrimonio illegale, la facoltà di intentare l'azione di annullamento, a termini dell'art. 104 codice civile. A questa conclusione che già proponemmo nella prima edizione di questo corso (2), si oppose vivacemente il nostro Borsari, osservando che è contraddizione in termini il chiamare diritto *attuale* un diritto condizionale, che sarebbe cosa strana e sconveniente ammettere in pendenza della condizione l'azione di nullità di un matrimonio, salvo poi il riconvalidarlo quando non fosse più possibile il verificarsi della condizione (3).

Non ci sembra però che queste due considerazioni siano così decisive come l'egregio autore ha creduto. Certamente un diritto condizionale non è un diritto attuale, in senso proprio e rigoroso; e può (come altrove fu notato) comprendersi nella categoria dei diritti eventuali, presa questa parola in senso largo. Non è men vero però che i diritti condizionali si distaccano profondamente dalle mere speranze od aspettative (quale sarebbe, ad esempio, quella di una successione non ancora aperta); perocchè i diritti condizionali, se restano subordinati al compiersi di un certo evento, dipendono però unicamente

(1) Cf. il Vol. I di questo Corso, n. 40, pag. 139-141.
(2) Vol. II, n. 40, pag. 104.
(3) Cf. Borsari, *Comm.*, art. 104, § 274 in fine.

da esso, non possono essere tolti o menomati dal fatto di altre persone, e costituiscono per chi ne è titolare una attività patrimoniale, trasmissibile e negoziabile. Ora, si noti, è appunto il rapporto che la conservazione di un tal diritto può avere coll'azione di nullità di un matrimonio, che l'art. 104 non esige un *diritto* attuale, ma un *interesse* legittimo ed attuale; il quale certamente non può negarsi che sussista per chi si trovi investito di un diritto condizionale. Quanto poi alla obbiettata assurdità dell'annullamento di un matrimonio, che possa e debba venire riconfermato, quando venga a mancare la condizione apposta al diritto di chi promosse l'azione, è facile rispondere che tale conseguenza è affatto ìnfondata; in quanto che la nullità del matrimonio non può essere pronunciata senza un vizio suo proprio che costituisca impedimento dirimente, e la esistenza di un diritto condizionale che sia in contrasto col matrimonio stesso, vale per dar moto all'azione, ma non costituisce la causa e la ragione della nullità.

In conseguenza, se anche col mancare della condizione sospensiva (o col verificarsi della condizione risolutiva) venga poi a sparire quel diritto che al tempo in cui fu promossa l'azione costitutiva un interesse legittimo per chiedere l'annullamento del matrimonio, non potrebbe dirsi per questo che fosse tolta di mezzo la causa della nullità intrinseca del matrimonio, ma solo potrebbe allegarsi che sia sparita la veste di agire in chi promosse il giudizio. Sarebbe forse questo un motivo sufficiente per la revoca dell'annullamento? Non pare; poichè — a prescindere dall'altra domanda, che qui potrebbe affacciarsi, se la sentenza di nullità di matrimonio, in quanto emessa sopra una questione di stato personale, debba avere un effetto assoluto, cioè ritenersi pronunziata *adversus omnes* — resta sempre vero che la sentenza stessa passata (come deve supporsi) in cosa giudicata, avendo ammesso ad intentare l'azione di nullità, a termini dell'art. 104, una

persona investita di un diritto condizionale, avrebbe con ciò risoluta e decisa in confronto dei coniugi anche la questione di diritto, se quella persona, in pendenza della condizione e malgrado la eventualità della mancanza del suo diritto, avesse allora veste legittima per promuovere il giudizio; e deciso questo punto coll'autorità del giudicato, ne deriva che *la qualità legittima dell'attore* rimane ferma malgrado il mancare della condizione, poichè la sentenza gli aveva attribuito tale qualità, *come effetto della pendenza della condizione.* — Ciò, ne sembra, esclude l'argomento *ab absurdo* accampato dal Borsari, e riafferma secondo il testo dell'art. 104, e secondo l'indole propria dei diritti condizionali, la soluzione affermativa da noi proposta.

Ritornando ora alle norme generali della disposizione in esame, giova notare che qualora concorrano i requisiti indicati, di un interesse che sia legittimo e insieme attuale, ciò basta perchè la persona interessata abbia diritto di promuovere la dichiarazione di nullità del matrimonio; nè importa che l'allegato interesse sia di successione, o riguardi invece un diritto particolare, come sarebbe per coloro che in causa del matrimonio si trovassero privati di una donazione o di un legato, o che volessero rendere inattaccabile una convenzione conclusa dalla donna senza l'autorizzazione a cui, se moglie legittima, sarebbe stata soggetta, o volessero render liberi gli stabili del marito dall'ipoteca legale per la dote e pei lucri dotali. Così pure anche i parenti collaterali, anche i figli di primo letto di uno dei coniugi, qualora avessero un interesse pecuniario legittimo ed attuale alla dichiarazione di nullità del matrimonio, potrebbero intentarne l'azione secondo la norma generale del nostro art. 104; e sebbene nè i collaterali, nè i discendenti siano autorizzati a promuovere il giudizio di nullità, per la sola qualità di parenti e per l'interesse morale che potessero avervi (1). In diritto fran-

(1) V. sopra, n. 147, p. 570.

cese si fece questione rispetto ai terzi creditori, principalmente perchè la redazione dell'art. 187 di quel codice lasciava dubitare che la facoltà di attaccare un matrimonio per un interesse pecuniario fosse riconosciuta soltanto ai parenti collaterali ed ai figli di primo letto (1). Ma il dubbio è tolto dal nostro art. 104, il quale contrapponendo più semplicemente le persone che possono agire per ragione di parentela a quelle che possono agire per ragione di un interesse pecuniario, e ammettendovi queste indistintamente, purchè si tratti di un interesse legittimo ed attuale, dimostra così di attenersi in modo più sicuro al principio generale che una nullità assoluta e di ordine pubblico può essere proposta da ogni persona interessata (2).

153. *f)* Da ultimo, fra le persone a cui spetta l'esercizio dell'azione per nullità assoluta del matrimonio va annoverato ancora *il coniuge*, a pregiudizio del quale l'altro coniuge siasi legato in nuove nozze (art. 113, codice civile). E nulla vi è di più naturale, avendo egli un evidente ed alto interesse morale e materiale a difendere il proprio stato offeso dal reato dell'altro coniuge.

Intorno a ciò basterà ricordare che l'azione di nullità concessa al coniuge di un anteriore matrimonio, avendo sua base nella qualità stessa di coniuge, non può naturalmente essere esercitata che per la violazione del principio consacrato nell'art. 56 del Codice; mentre le altre persone designate nell'art. 104 possono impugnare il matrimonio per tutte le cause che costituiscono impedimenti dirimenti portanti nullità assoluta.

---

(1) Cf. Aubry et Rau, § 461, n.ª 21; Demolombe, III, 305; Laurent, II, 494.

(2) Cf. Pacifici-Mazzoni, *Istit.* (2ª ediz.), II, 166; Borsari, *Comm.*, art. 104, § 274; Ricci, *Dir. civ.*, II, 177; De-Filippis, *Dir. civ.*, IX, 82.

Circa la possibilità che l'azione concessa agli aventi un interesse legittimo ed attuale rimanga estinta per effetto di rinuncia o di prescrizione, vedi appresso n. 154 in fine.

Ricorderemo altresì, che, dipendendo l'esercibilità dell'azione dalla qualità di coniuge, si suppone qui necessariamente la qualità di coniuge *legittimo;* epperciò, come fu veduto anche in riguardo al diritto di opposizione, non potrebbe nel diritto nostro accordarsi l'azione di nullità alla persona che avesse ottenuta soltanto *la promessa* di matrimonio, nè a quella che invocasse un preteso vincolo coniugale mancante delle sue condizioni essenziali, ad esempio un matrimonio contratto con vincolo religioso soltanto (1). Se anche poi non si trattasse di un precedente matrimonio inesistente, ma della nullità o annullabilità di esso, si comprende che il vizio di questo potrebbe essere dedotto come eccezione pregiudiziale contro l'attore, per negargli la qualità stessa necessaria per potere agire; prescindendo anche dal riflesso che questa medesima annullabilità del precedente matrimonio toglierebbe di mezzo anche la *causa* di annullamento del matrimonio impugnato (2).

E in tutti i casi poi in cui potesse essere negata all'attore in nullità la veste di couiuge, non resterebbe a lui altra via, se pure possibile di fatto a verificarsi, che quella di impugnare il matrimonio per altro titolo, esercitando l'azione di nullità assoluta, come possono esercitarla tutti i terzi, qualora vi fosse impegnato un suo interesse pecuniario legittimo ed attuale, cioè rientrando nella categoria di persone designata per ultima dall'art. 104, § 1.

154. *B*) Esaurita l'indagine delle persone a cui è concesso l'esercizio dell'azione per nullità assoluta del matrimonio, ci rimane da vedere, secondo i criteri già stabiliti (3), quali siano le circostanze e i mezzi coi quali la nullità può rimanere coperta, o dai quali può risultare

(1) Cf. Aubry et Rau, § 454, n° 22; Demolombe, III, 308; Laurent, II, 376. — V. anche sopra, n. 133, pag. 505.
(2) Cf. sopra, n. 50, pag. 165-169.
(3) Sopra, n. 140, e n. 147.

almeno una eccezione opponibile all'azione corrispondente. E se a primo aspetto può parere perfino contradditorio che si parli di mezzi di sanatoria e di eccezione rispetto ad una azione *assoluta* di nullità, ricorderemo come sia l'indole particolare della materia e l'importanza sociale dell'istituto quella che giustifica una tale deviazione dai criteri comuni di diritto (1).

Del resto è solamente per alcune delle cause di nullità assoluta, che anche la legge nostra annette a certe circostanze di fatto la virtù di sanare il vizio del matrimonio. Così rimangono affatto irreparabili le nullità che dipendono: 1° dal vincolo di *parentela*, rispetto al quale neppure la dispensa reale che si ottenesse dopo la celebrazione del matrimonio potrebbe togliere di mezzo l'impedimento dirimente che esso costituisce (2); 2° dal vincolo di *anteriore matrimonio*, mentre la limitazione particolare stabilita dall'art. 114 concerne soltanto, come vedemmo, l'esercizio dell'azione da parte del ministero pubblico, e non la nullità in sè stessa (3); 3° dal *reato* di omicidio consumato o tentato sulla persona del coniuge anteriore, pel quale nessuna sanatoria essendo dichiarata dalla legge, restano applicabili soltanto i principii comuni; 4° dalla *mancanza dei testimoni* all'atto della celebrazione, poichè (come sarà spiegato fra breve) la legge nostra, se ha creduto di rendere sanabile col decorso di un certo termine la nullità che dipende da una causa prossima a questa, cioè dalla incompetenza dell'ufficiale celebrante, ha però limitato a questo solo vizio di forma il beneficio di tale sanatoria.

Senonchè anche la regola che le cause di nullità assoluta ora ricordate non possono essere coperte per nessuna circostanza, trova una limitazione (non diciamo però propriamente una eccezione) in questo senso, che rispetto a certe persone investite per legge dell'azione di nullità, può

---

(1) V. sopra, n. 144, pag. 556.
(2) V. sopra, n. 46, pag. 158-159.
(3) V. sopra, n. 151*bis*, pag. 590, nota 2ª.

l'azione stessa trovarsi ad esse preclusa, perchè venga loro a mancare la base di agire. Ciò si verifica, come già fu annunciato per incidenza (1), quanto a coloro che possono intentare l'azione di nullità assoluta del matrimonio, unicamente in causa di un interesse pecuniario legittimo ed attuale (art. 104, § 1 in f., cod. civ.). È naturale allora, che essendo l'azione per queste persone fondata soltanto su quell'interesse, ed essendo il diritto corrispondente suscettibile di estinzione, per effetto di rinuncia, di prescrizione o d'altra causa, se venga così a sparire ciò che a quelle persone dava titolo di agire, rimanga, non coperta la nullità in sè stessa, ma improponibile l'azione da parte di quelle determinate persone.

Contro questa massima, accolta generalmente nella dottrina francese (2), mosse un dubbio l'illustre Laurent, osservando che la rinuncia e la prescrizione non possono valere in materia di ordine pubblico, quale è quella delle nullità assolute del matrimonio, e deducendone sottilmente che se la prescrizione o la rinuncia possono toglier di mezzo l'interesse pel quale soltanto certe persone sono autorizzate ad agire, ciò significherà, non che sia estinta l'*azione di nullità*, ma che rimane estinto il diritto che dava ad esse qualità per agire; di guisa che se questo diritto siasi conservato mediante atti di interruzione, l'azione in nullità resterebbe aperta, quand'anche fossero decorsi più di trent'anni dallo scioglimento del matrimonio (3). Sembra però che questo ragionamento contenga piuttosto una spiegazione, che non una confutazione della dottrina comune. Già, se si suppone (come dice il Laurent) che il diritto pecuniario su cui riposa l'azione, sia stato conservato per atti interruttivi della prescrizione, si viene ad escludere la base di fatto della limitazione predetta, poichè

---

(1) V. sopra, n. 144, pag. 557.
(2) Cf. Merlin, *Rép.* v° *Mariage*, sect. VI, § 2, art. 184, quest. 5ª; Demolombe, III, 333; Aubry et Rau, § 458 in fine.
(3) Laurent, II, 499.

in quel caso vorrà dire che non si è avverata la prescrizione estintiva di quel diritto. E del resto sta bene l'osservare che, data una tale estinzione, non sarà coperta l'*azione di nullità*, ma solo tolta a quelle persone la qualità per agire. Ma questo appunto e non altro è il significato della dottrina comune, esposta colla solita esattezza dai signori *Aubry et Rau* (loc. cit.) i quali scrivevano che “ Sebbene “ queste nullità (assolute) non siano in sè medesime suscet- “ tibili di essere coperte, nulla impedisce però che l'azione “ concessa per farle valere possa in certi casi essere rimossa “ per un *fine di non ricevere* fondato non sulla disparizione “ del vizio di cui il matrimonio è infetto, ma sopra un “ motivo particolare all'attore..... Così le persone a cui la “ legge concede l'azione di nullità per un interesse pura- “ mente pecuniario, sono irricevibili a farla dichiarare, “ quando esse abbiano regolarmente rinunciato ai diritti “ in ragione dei quali avrebbero avuto interesse a farla “ valere, o quando questi diritti si trovino estinti colla pre- “ scrizione „. — Ciò precisamente significa, non che sia estinta l'azione di nullità per sè stessa e in genere, ma che essa rimane preclusa, cioè estinta, rispetto a quelle persone che ebbero, ma attualmente non hanno interesse e qualità per agire.

155. Venendo ora a trattare in ispecie di quelle cause di nullità assoluta le quali, contro la regola generale, possono essere sanate o pel decorso del tempo o per altre circostanze, dobbiamo ricordare che esse riduconsi, secondo la legge nostra, alla nullità dipendente dal *difetto di età* negli sposi, o in uno di essi, e a quella derivante dalla *incompetenza dell'ufficiale* di stato civile. Di queste due ipotesi ci occuperemo ora distintamente.

a) Cominciando dunque dalla nullità del matrimonio che derivi dalla *mancanza della età* richiesta pei contraenti, e studiando i casi in cui tale nullità, benchè assoluta, può essere coperta, in via di eccezione alle regole generali,

occorre rammentare altresì che tali eccezioni possono essere classificate in tre ordini distinti.

Alcune di esse riguardano certi termini stabiliti dalla legge, il decorso dei quali può essere opposto per toglier di mezzo l'azione di nullità che taluno degl'interessati intenti. Altre concernono circostanze speciali di fatto, determinate pure tassativamente dalla legge, le quali per motivi d'interesse pubblico, contrapposti a quelli che farebbero ammettere la nullità assoluta del matrimonio, ne consigliano al contrario la convalidazione. E queste e quelle ugualmente hanno un carattere *assoluto*, inquanto che sono *opponibili a qualunque persona interessata che promovesse l'azione in nullità*. Avvi invece una terza categoria di eccezioni, il cui carattere è puramente *relativo*, in quanto che non possono esse opporsi se non a certe persone specialmente designate dalla legge.

Il matrimonio annullabile per difetto di età nei contraenti od in uno di essi, offre appunto l'esempio più segnalato di tali eccezioni; poichè tutti tre gli ordini di esse ora ricordati vi trovano applicazione, e posson valere a rendere inefficace l'azione di nullità per questa causa. Lo vedremo nei numeri seguenti; nei quali ci occuperemo separatamente: 1° del termine la cui decorrenza impedisce che il matrimonio annullabile per l'età dei contraenti o d'uno di essi possa più essere impugnato; 2° d'altra circostanza di fatto che produce uguale effetto; 3° della causa per cui a certe persone può essere tolta la facoltà di proporre l'azione di nullità, sussistente tuttavia a profitto d'ogni altro interessato.

156. L'articolo 110 del codice civile dispone testualmente che “ Il matrimonio contratto da persone delle quali “ anche una sola non fosse pervenuta all'età fissata, non “ potrà più essere impugnato: 1° *quando siano trascorsi* “ *sei mesi dopo compiuta l'età richiesta* „.

Della disposizione uguale a questa, recata dall'art. 185

del codice Francese, erasi addotto per motivo che " ogni " volta che la legge accordi un'azione, essa debba necessariamente lasciare un tempo utile per esercitarla ". Evidentemente però questa ragione non potrebbe del tutto spiegare una disposizione la quale non fa altro che *limitare eccezionalmente ad un tempo brevissimo* la esercibilità d'un'azione che per sè stessa, dipendendo da nullità assoluta, non sarebbe soggetta a verun decorso di tempo che potesse estinguerla. Ma una considerazione che basti a giustificare veramente tale disposizione, non manca. Si tratta di un matrimonio che non è assolutamente inesistente in diritto, ma solo annullabile. Si suppone che sia cessata pel futuro la causa di quest'annullabilità, perchè la persona abbia compiuto l'età che la legge richiedeva. Ciò posto, le più gravi considerazioni di moralità e d'ordine pubblico esigevano d'impedire che si lasciasse lungamente incerta la sorte di un matrimonio, infetto bensì in origine d'una causa di nullità che dava azione ad ogni interessato per impugnarlo, ma d'una causa cessata poi completamente per l'avvenire. Contrario manifestamente alla moralità, contrario all'ordine delle famiglie, e quindi all'interesse generale, sarebbe stato che dopo lungo tempo, dopo forse la convivenza che avevano tenuta fra loro le persone dalle quali era stato contratto questo matrimonio annullabile, si venisse a mettere in luce l'impedimento di età che esisteva al tempo della celebrazione, per impugnare e far ridurre al nulla una unione ritenuta fino allora come legalmente esistente, ed a cui come tale erano stati attribuiti gli effetti proprii d'un matrimonio valido.

La disposizione dell'art. 110, n. 1° è generale. Essa non fa distinzioni; epperò l'introdurvene sarebbe contrario alle più sane regole d'una retta interpretazione.

Così sarebbe un errore il ritenere applicabile quella disposizione solamente al caso che vi fosse stata coabitazione fra gli sposi. Quand'anche dal momento della celebrazione a quello in cui spira il termine dei sei mesi dopo

compiuta, dallo sposo che non l'aveva raggiunta, l'età fissata dalla legge, gli sposi fossero rimasti completamente e sempre separati, pure se in quel frattempo non fosse stata esercitata punto l'azione di nullità, essa rimarrebbe assolutamente estinta in forza di ciò che è disposto dal detto art. 110, n. 1°. D'altra parte i motivi della legge stanno ancora abbastanza gravi per giustificarla, non ostante che non siavi stata coabitazione fra gli sposi (1).

Parimente nulla importa che la mancanza della età prefissa dalla legge si verifichi da parte di amendue gli sposi o dell'uno o dell'altro soltanto di essi. Di questo non può lasciare alcun dubbio il nostro art. 110, poichè esso è abbastanza esplicito parlando del “ matrimonio con- “ tratto da persone *delle quali anche una sola non fosse perve- “ nuta all'età fissata* „. Così pertanto la regola che, dopo sei mesi decorsi dacchè amendue gli sposi abbiano compiuta l'età prescritta, cessi per chiunque l' azione ad impugnare il matrimonio che era annullabile per violazione della legge relativa all'età per contrarre matrimonio, questa regola sarà applicabile indistintamente tanto allo sposo quanto alla sposa, qualunque sia dei due che non avesse l'età necessaria all'atto della celebrazione.

I sei mesi decorrono dal giorno in cui sia stata compiuta l'età richiesta, secondo l'articolo 55, da amendue gli sposi o da quello di essi che all'atto della celebrazione non avesse ancora raggiunta tale età. Lo significa chiaramente il testo stesso del n. 1° dell'art. 110 colle parole — *sei mesi dopo compiuta l'età richiesta.* — Ed è d'altronde perfettamente ragionevole e conforme al motivo della legge; poichè solamente da quel giorno cessa per l'avvenire la causa che facea luogo all'annullabilità del matrimonio, e sorge quindi una ragione, d'interesse anche pubblico, a

---

(1) V. Valette sur Proudhon, t. I, pag. 439, n^a^ *a;* Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. VI, § 2; Aubry et Rau, § 461, n. 29; Laurent, II, 468; Pacifici-Mazzoni, *Istit.* (2ª ed.), II, 171; V. contro: Proudhon, chap. XXII, sect. VII, § II, n. 1.

non permettere che duri per lungo tempo ancora l'incertezza della sorte che gl' interessati vogliano riserbare al matrimonio annullabile. Il termine dei sei mesi non potrebbe dunque calcolarsi mai partendo dal giorno nel quale il matrimonio fu celebrato; ma d'altra parte non sarebbe nemmeno necessario mai l'attendere che gli sposi, o quello di essi che all' atto del matrimonio mancava della età richiesta dall'articolo 55, avesse raggiunta la maggiorità ordinaria secondo l'art. 323.

Ma se amendue gli sposi fossero nella stessa condizione, di non aver compiuta all'atto del matrimonio l'età prescritta dalla legge per poterlo contrarre, il termine dei sei mesi non potrebbe correre fuorchè dal giorno in cui ambedue fossero giunti a quella età. È questo manifestamente il significato dell'art. 110, il quale contemplando l'ipotesi del matrimonio contratto da persone delle quali *anche una sola* non fosse pervenuta all'età fissata, comprende con ciò, e non esclude, il caso in cui la mancanza di età legale fosse comune ai due sposi; e dichiarando poi inesercibile l'azione di nullità, quando siano trascorsi sei mesi *dopo compiuta l'età richiesta*, si riferisce al compimento dell'età tanto per l'uno come per l'altro sposo. Ciò è per noi così semplice, da non comprendersi neppure la necessità della lunga dimostrazione che vi ha dedicato uno scrittore nostro (1).

Non è poi se non quando sia compiuto l'ultimo giorno dei sei mesi, calcolati da quel punto di decorrenza, che si estingue per tutti gl'interessati l'azione in nullità.

Il compimento dei sei mesi decorsi dal giorno in cui amendue gli sposi abbiano compiuta l' età richiesta dalla legge per contrarre matrimonio, non costituisce una vera *prescrizione;* ma un semplice *termine*, che apporta a ciascuno degl'interessati la decadenza dal diritto d'impugnare il matrimonio annullabile. Se fosse una prescrizione, essa

---

(1) Cf. Borsari, *Comm.*, art. 110, § 293, A.

dovrebbe rimanere sospesa per qualunque degl'interessati che fosse minore di età non emancipato (art. 2120, cod. civ.). Ciò non si verificherebbe certamente per lo sposo, il quale ha *l'emancipazione di diritto* pel matrimonio (articolo 310, cod. civ.), ma potrebbesi avverare per qualunque delle persone alle quali, siccome aventi un interesse pecuniario *legittimo ed attuale,* spetti l'azione in nullità a termini dell'art. 104. Ora questa *sospensione* sarebbe per sè stessa direttamente contraria allo scopo della legge, che vuole impedire si protragga oltre a sei mesi, dopo raggiunta dagli sposi l'età necessaria pel matrimonio, la incertezza sulla sorte della loro unione. Vi è dunque abbastanza di che ritenere che si tratti d'un semplice *termine,* il quale porti la decadenza di tutti gl' interessati dalla facoltà di impugnare il matrimonio per questa causa.

Il compimento di questo termine estingue affatto l'azione per tutti coloro che secondo l' art. 104 avrebbero potuto esercitarla, quando nel corso del termine stesso nessuno di essi abbia agito. Ma non è da ritenersi per questo che l'azione di tale nullità sia unica ed indivisibile per tutti insieme gl' interessati, di guisa che l'interruzione del decorso del detto termine che avvenga per parte di uno di loro, l'esercizio ch'egli faccia dell'azione che gli compete, giovi a tenerla viva anche a vantaggio degli altri. Ciascuno degl'interessati, individualmente, ha la propria azione, che egli può separatamente esercitare, che può separatamente estinguersi pel tempo stabitito dalla legge. Se dunque taluno degli aventi interesse abbia fatto valere nel termine utile il proprio diritto, gli altri che abbiano lasciato trascorrere nell' inazione il tempo prefisso, l' avranno per quanto li concerne, perduta. Nè varrebbe opporre che si tratta qui di una questione di stato della persona, il quale stato è per sua essenza indivisibile. Già altra volta avemmo occasione di osservare che, se lo stato personale è indivisibile in sè stesso, non lo è però per le sue conseguenze nell'applicazione ai diversi diritti ed obbligazioni che ne

possono conseguire (1); e qui precisamente ciascuno degli *interessati* che impugna il matrimonio intende unicamente a trarre dalla nullità che invoca le conseguenze che appunto costituiscono l'interesse da lui addotto. Ora non ripugna affatto che si ritenga inesistente per una data persona il tale diritto, od esistente la tale obbligazione, dipendentemente da un matrimonio non impugnato da quella persona in tempo utile, sebbene il contrario si ritenga quanto ai diritti od alle obbligazioni d'altra persona che abbia fatto valere nel termine prefisso dalla legge le proprie ragioni.

Questa teoria però non può intendersi applicabile fuorchè a coloro la cui azione si fondi unicamente sovra un *interesse pecuniario, legittimo ed attuale*. È solo per essi che, la validità o nullità del matrimonio altrui non essendo considerata altrimenti che come fondamento a regolare in una piuttosto che in altra maniera quei rapporti che formano appunto l'interesse pecuniario individuale pel quale agiscono, non vi ha contraddizione di sorta a giudicare di questi rapporti, per l'uno ritenendo come nullo il matrimonio impugnato in tempo utile, per l'altro ritenendo come valido il matrimonio di cui non fu promossa, nel termine prefisso dalla legge, la dichiarazione di nullità. — Ma quando si tratti invece di quelle persone le quali indipendentemente da qualunque interesse individuale e materiale, per autorizzazione o per mandato concesso loro direttamente dalla legge, impugnino il matrimonio entro il termine da essa stabilito, è chiaro che la questione non verte allora più sulle conseguenze e sulle applicazioni dello stato giuridico del matrimonio, secondo che questo sia valido o nullo, ma verte propriamente sullo stato predetto considerato in sè stesso. Epperò se uno degli sposi, se gli ascendenti prossimi dell'uno o dell'altro di essi, se il ministero pubblico, avessero agito in tempo utile impugnando

(1) V. vol. IV, nª 29, pag. 87.

il matrimonio, la dichiarazione di nullità gioverebbe necessariamente a tutti, anche a quelli che non avessero per conto proprio promossa l'azione, nè vi avessero preso parte; imperocchè per ammettere una massima diversa bisognerebbe giungere fino all'assurdo di *concepire come divisibile lo stato personale in sè stesso.*

156 *bis.* Si è domandato se possa avere efficacia, ad estinguere l'azione in nullità, la ratifica che lo sposo o gli sposi facciano del matrimonio annullabile per ragione di loro età, quando questa ratifica intervenga *nel frattempo dei sei mesi dopo raggiunta l'età prescritta*, come rinuncia al termine loro concesso dalla legge.

Se la ratifica fosse emessa prima che il ratificante avesse compiuta l'età che gli sarebbe necessaria per contrarre matrimonio, non vi ha dubbio che tale atto non potrebbe avere alcuno effetto; poichè la ratifica stessa sarebbe infetta dell'identico vizio che rende annullabile il matrimonio. Ma la persona giunta oramai a tale età che potrebbe validamente contrarre di nuovo quelle nozze, potrà limitarsi a coprirne la nullità colla ratifica espressa o tacita? Lo potrà con effetto opponibile anche agli altri interessati, a cui spetterebbe la facoltà d'impugnare il matrimonio? Intorno a questo punto si sono divise le opinioni degl'interpreti del diritto Francese (1). Sembra però preferibile la negativa. Non è da dimenticare la considerazione fondamentale che versiamo qui in materia di *nullità assoluta* del matrimonio, la quale per sè stessa non potrebb'essere sanata nè per decorso di tempo, nè per ratifica espressa o tacita, nè per qualunque altro mezzo.

È solamente per eccezioni speciali stabilite dalla legge, che tale nullità può essere con certi mezzi coperta. Ma

(1) V. per l'affermativa: Toullier, t. I, n. 622; Demolombe, t. III, n. 318; Saredo, Op. cit., n. 182. — Per la negativa: Zachariae, Aubry et Rau, § 461, nª 27; Laurent, II, 469; Buniva, Op. cit., I, pag. 213-214; De-Filippis, Op. cit., IX, 46.

queste eccezioni, appunto perchè tali, e tanto più perchè deroganti ad una regola d'interesse generale, non possono essere estese; le disposizioni della legge intorno ad esse devono considerarsi come *tassative*. Ora la legge, quanto all'annullabilità dei matrimoni contratti da persone non aventi l'età richiesta, ammette bensì, negli articoli 110 e 111, alcune eccezioni opponibili all'azione di nullità assoluta che dagli aventi diritto sia intentata, ma non parla punto di ratifica nè tacita nè espressa che sia intervenuta da parte degli sposi.

D'altro lato bisogna riflettere che non si tratta qui di una *nullità relativa*, sicchè la persona a cui riguarda, giunta a stato di capacità possa, rinunciando al proprio diritto di proporla, toglierla affatto di mezzo; ma si tratta d'una nullità assoluta, opponibile anche dall'altro sposo, dagli ascendenti, dal consiglio di famiglia o di tutela, dal ministero pubblico, da tutti gl'interessati. Come mai potrebbesi ammettere che lo sposo che era incapace per età all'atto del matrimonio, giunto agli anni in cui sarebbe capace per contrarlo, potesse, colla rinuncia espressa o tacita alla propria azione, colla ratifica, privare l' altro sposo, privare le altre persone tutte aventi diritto, della azione che per motivi d' ordine anche pubblico è loro attribuita dalla legge?

L'opinione contraria argomenta dal supposto che il termine per impugnare il matrimonio, di sei mesi dopo raggiunta la pubertà dallo sposo che era impubere all'atto della celebrazione, sia stato *principalmente accordato nell'interesse di coloro a cui l'azione appartiene, e ch'essi possano per conseguenza rinunciarvi*. Ma questa supposizione non è basata sul vero. Il termine predetto non è altrimenti una *concessione nell'interesse privato di coloro a cui l'azione di nullità appartiene;* ma, al contrario, è una restrizione, ordinata nell'interesse generale, all'esercibilità dell'azione di nullità assoluta, che senza ciò non avrebbe nessun limite di tempo. Non è dunque il caso di dire che, ratificando

il matrimonio in pendenza di quel termine, si venga a rinunciare ad un benefizio introdotto in proprio particolar favore (1). La questione si riduce piuttosto a determinare se mentre la legge ammette soltanto che tutti coloro ai quali compete l'azione di nullità possano spogliarsene col non esercitarla entro sei mesi, sia lecito ad uno degli aventi diritto lo spogliarne anche gli altri, prima che quel termine sia spirato, col mezzo d'una ratifica espressa o tacita.

Si è detto anche, in appoggio della stessa opinione, che supponendosi cessata per l'avvenire la causa di nullità — perchè lo sposo da incapace che era all'atto del matrimonio, sia divenuto capace — sarebbe contrario all'interesse della famiglia e della società civile medesima, sarebbe illogico ed immorale l'ammettere ancora l'azione di nullità del matrimonio ratificato e nel quale non sussiste omai più nessuna causa di nullità.

Ma l'esser mutate le condizioni in guisa che quel matrimonio, nullo in origine, potrebbesi ora contrarre fra le stesse persone validamente, non toglie che esse lo abbiano invece contratto nullamente, appunto perchè allora non esistevano le condizioni stabilite dalla legge come necessarie alla sua validità; non toglie che sia d'interesse della famiglia e della società che quella nullità possa essere proposta liberamente da qualunque delle persone a ciò autorizzate dalla legge; non fa che non sia contrario ai

---

(1) Non ci sembra però fondata, a sostegno della opinione nostra, l'osservazione del Laurent, ripetuta dal De-Filippis (ll. cc.), che “ Al postutto, “ la conferma data dagli sposi *sarebbe inutile*, quanto ad essi. Se non “ vogliono attaccare il matrimonio, non hanno che a serbare il silenzio per “ sei mesi„. — Presa la cosa sotto questo aspetto, potrebbe anche verificarsi la utilità di mettere tosto al coperto la sorte del matrimonio con un atto di conferma, e senza attendere il decorso di sei mesi. Ma il vero è che trattandosi di cosa tanto grave quale è la conservazione di un matrimonio nullo per nullità assoluta, la determinazione degli sposi, anche per quanto li riguarda, deve restare libera per tutto il tempo stabilito dalla legge; allo stesso modo che il consenso alla conclusione del matrimonio non può essere impegnato che colla celebrazione di esso.

veri principii l'ammettere che una delle persone aventi diritto a far valere la nullità assoluta possa privare le altre dell'azione che ad esse pure ugualmente compete, o possa anche solo spogliare sè stessa di un diritto che non le è attribuito per sola cagione di suo particolare interesse, ma per ragione d'interesse generale, di ordine pubblico.

Dal complesso di queste osservazioni sembra giustificata abbastanza l'opinione che nè lo sposo che all'atto del matrimonio non aveva l'età richiesta — dopo averla compiuta — nè amendue gli sposi per consenso reciproco, possano colla rinuncia espressa o tacita, colla conferma o ratifica, convalidare il matrimonio, sopprimendo a danno degli altri nè di sè stessi l'azione di nullità che loro appartiene.

157. Un' altra causa ugualmente assoluta, che a qualsiasi persona, quantunque legittimamente ed attualmente interessata, toglie la facoltà di proporre la nullità d'un matrimonio contratto fra individui di cui anche uno solo non fosse pervenuto all'età fissata, è determinata dal n. 2° del predetto art. 110.

Esso dichiara non poter più essere impugnato quel matrimonio " quando la sposa ancorchè non giunta a tale " età sia rimasta incinta ".

Sono troppo manifeste le ragioni di questa disposizione per aver bisogno d'insistenza a dimostrarle. Esse non consistono in ciò solo che la gravidanza della sposa è in fatto una prova troppo evidente della pubertà di lei, per potere ancora impugnare il matrimonio fondandosi sulla presunzione legale d'impubertà. L'attitudine degli sposi alla procreazione non è, come abbiamo visto, il solo motivo che abbia determinato il legislatore nello stabilire l'età in cui è permesso di contrarre matrimonio. Altre e gravi ragioni vi si aggiungevano d' interesse generale, tanto sotto l'aspetto materiale quanto sotto l'aspetto morale (1).

---

(1) V. sopra, n. 45, pag. 154.

Ma a questi motivi che giustificano lo stabilire generalmente la nullità assoluta del matrimonio contratto da persone non giunte all'età fissata dalla legge, altri se ne contrappongono, non meno gravi e d'ordine ugualmente pubblico, i quali consigliano a convalidare il matrimonio, a non permettere che sia più impugnato, allorchè la sposa sia rimasta incinta. La moralità pubblica, l'onore e la tranquillità delle famiglie, la posizione della donna, a cui l'annullamento del matrimonio, essendo essa in istato di gravidanza, recherebbe danno e disdoro maggiore, la sorte della prole concepita, la cui legittimità o meno può dipendere dalla convalidazione o dall'annullamento del matrimonio, consigliavano a troncare assolutamente la via all'azione di nullità.

È in coerenza a questi motivi che il nostro articolo 110 scolpisce molto chiaramente un concetto che risultava in modo confuso dall'art. 185 del codice Francese; il concetto cioè che il fatto della gestazione vale *per sè solo* a rendere inattaccabile il matrimonio, senza che si richieda per di più il raggiungimento dell'età legale nella sposa che ne difettasse; che, in altri termini, la causa di convalidazione stabilita nel n. 2° dell'art. 110 resta indipendente da quella indicata nel n. 1°. Ciò non poteva essere revocato in dubbio neppure di fronte al codice Francese; senonchè l'art. 185 di questo, dicendo che il matrimonio " non può più essere attaccato..... quando la donna che " non aveva tale età abbia concepito *avanti la scadenza " dei sei mesi* ", lasciava luogo a domandare se la decorrenza dei sei mesi dovesse partire dall'epoca della pubertà legale, oppure dal giorno della celebrazione del matrimonio (1). Invece il codice nostro dichiarando più semplicemente che il matrimonio " non può più essere " impugnato..... quando la sposa, *ancorchè non giunta a*

(1) Cf. Demolombe, III, 319, 2°; Aubry et Rau, § 461, nª 31; Laurent, II, 470.

“ *tale età,* sia rimasta incinta „, dimostra in modo più aperto e sensibile di aver riguardo al solo fatto della gestazione, quand'anche avvenuto prima del raggiungimento dell'età legale.

Ma in senso inverso, cioè per l'ipotesi che la gestazione abbia cominciato dopo il compimento dell'età richiesta, non è a credere che la diversa redazione del nostro articolo 110 induca una differenza di concetto a confronto del cod. Franc. Il nostro testo non dichiara espressamente essere ivi supposto che il concepimento sia anteriore alla scadenza di sei mesi dal giorno in cui siasi raggiunta dagli sposi l'età legale. Tuttavia questa supposizione non è meno necessaria a farsi per natura stessa delle cose; imperocchè, trascorso quel termine, il matrimonio trovasi già definitivamente convalidato per un' altra causa indipendente dall'essere o no rimasta incinta la sposa, per la causa cioè prevista dal n. 1° del medesimo art. 110.

La circostanza d'essere la sposa rimasta incinta toglie l'azione di nullità del matrimonio, non solo quando la gravidanza siasi verificata prima che quell'azione venisse introdotta in giudizio, ma quand'anche sopravvenga durante la litispendenza. La legge infatti dispone in termini così generali da escludere totalmente una tale distinzione, allorchè dice che *quando la sposa sia rimasta incinta, il matrimonio non può più essere impugnato.* Vero è che, generalmente, per giudicare del merito d'un' azione, bisogna sempre riportarsi agli elementi di fatto e di diritto esistenti al tempo in cui l'azione medesima fu introdotta. Ma i motivi stessi di moralità e d'ordine pubblico che giustificano, come abbiamo osservato, l'eccezione opponibile all'azione di nullità del matrimonio per essere la sposa rimasta incinta, rendono ragione eziandio dell' ammettersi questa eccezione non ostante che il fatto che le dà fondamento sia sopravvenuto a giudizio già pendente. S'intende però che gli sposi non potrebbero opporre, come eccezione contro la introdotta azione di nullità, una sem-

plice speranza o probabilità di futura gravidanza (1).

Dicendo che il matrimonio *non potrà più essere impugnato quando la sposa sia rimasta incinta*, la legge suppone manifestamente un concepimento avvenuto *dopo la celebrazione del matrimonio annullabile.* E generalmente deve essere così, affinchè si verifichino i motivi già accennati di questa disposizione eccezionale. Tuttavia, siccome il figlio concepito prima del matrimonio, ma nato in costanza di esso, è riguardato pure come *legittimo*, salvo il poter essere disconosciuta la paternità, se non siasi nei casi di eccezione previsti e determinati dall'art. 161 del codice civile; siccome anche i figli *nati fuori di matrimonio* sono legittimati in forza di esso, qualora siano stati riconosciuti dai genitori o prima od all'atto o dopo la celebrazione del matrimonio medesimo (articoli 194, 197, cod. civile); siccome in questi casi, di legittimità presunta dalla legge o di legittimazione, concorrono pure gli stessi motivi di moralità, d'ordine pubblico, che fecero stabilire l'eccezione di cui nell'articolo 110, n. 2, così sembra che in questa specialità di casi anche un concepimento avvenuto prima del matrimonio dovrebbe far luogo ad applicare l'eccezione predetta. Ma evidentemente, la sola circostanza che la sposa, ancorchè non giunta all' età fissata dalla legge, avesse partorito prima della celebrazione del matrimonio, non basterebbe a precludere l'adito all'azione di nullità, se la prole non fosse col matrimonio medesimo legittimata.

Quanto ai mezzi coi quali, in caso di controversia, si possa constatare la gravidanza che sia allegata come mezzo di difesa contro l' azione di nullità del matrimonio, la legge non dà nè poteva dare norme positive e generali. Spetterà al tribunale il provvedere secondo che le circostanze e la prudenza consiglino.

---

(1) V. Aubry et Rau, § 461, nª 32; Demolombe, III, 320; Pacifici-Mazzoni, *Istit.* (2ª ed.), II, n. 171, pag. 197.

Un punto di diritto interessante, intorno a questa causa di convalidazione, fu acutamente sollevato dal Borsari, il quale nota: " È singolare che la legge non pone a condi- " zione *la nascita* del figlio. Quand'anche venga a perire " nel seno della madre, il fenomeno non è meno deci- " sivo „ (1). Non sembra però del tutto esatta quest'affermazione. Certamente la legge trova nel fatto della gestazione, per sè solo, una causa sufficiente ad escludere la nullità. E se il non compimento della gestazione, cioè un aborto, si verifichi dopo che siano passati sei mesi dal raggiungimento dell'età legale per parte degli sposi, la nullità si troverà coperta ugualmente, in forza della regola sancita nel n. 1° dell'art. 110. Ma se, all'opposto, la gestazione venga a mancare innanzi la scadenza di quei sei mesi, se cioè l'azione di nullità sia proposta nell'intervallo (che supponiamo) tra l'avvenuto aborto e la scadenza dei sei mesi predetti, quale ostacolo potrebbesi opporre all'azione di nullità? Vero è che la gestazione, quand'anche non seguìta dalla nascita, dimostra la capacità degli sposi a procreare. Ma, come fu avvertito più sopra, non è per sola presunzione d'incapacità naturale a generare che la legge proibisce ed annulla i matrimonii tra persone non giunte ad una certa età; e non è quindi nella sola distruzione di tale presunzione che può ricercarsi la causa della convalidazione del matrimonio. Segue da ciò che la legge, parlando di sposa *rimasta* incinta, suppone naturalmente una gestazione o perdurante o compiuta (ma non fallita) al tempo in cui l'azione di nullità venga intentata, se questa non sia già paralizzata dal decorso dei sei mesi di cui al n. 1° dell'art. 110.

157 *bis*. Resta un punto controverso in questo delicato argomento. — La gravidanza della sposa vale a sa-

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 110, § 294, pag. 424 in fine.

nare la nullità del matrimonio, quando anche non in lei, ma nello *sposo* siasi verificata la mancanza dell'età prescritta dalla legge?

Nella precedente edizione di quest'opera ci parve dover proporre una soluzione opposta a quella adottata nella dottrina francese. Questa è concorde nella massima, che *la gravidanza della sposa non copre la nullità risultante dalla impubertà del marito* (1). A noi parve doversi ritenere che, a termini del nostro art. 110, la sanatoria derivante dalla gravidanza della moglie si applichi ugualmente, o siasi verificata in essa o nel marito la mancanza dell'età legale (2). Però la questione fu in seguito vivamente discussa; la dottrina è discorde, e la giurisprudenza ci è, prevalentemente, contraria (3). Ciò malgrado non abbiamo potuto che riconfermarci nella opinione indicata, della quale cercheremo ora di riesporre le ragioni.

Premettiamo una avvertenza necessaria a porre rettamente la questione e ad evitare un equivoco, da cui non sembra andare esente la stessa citata sentenza della Cassazione di Torino. Si suole da alcuni formulare la massima in questione, dicendo che la gravidanza della sposa *non toglie allo sposo*, che mancasse della età richiesta, l'azione di nullità; oppure dicendo che il fatto del concepimento esclude l'azione di nullità *da parte della sposa*, non però *da parte del marito*. — Se questa fosse veramente la tesi che si vuole sostenere, essa significherebbe che, data la

---

(1) Cf. Aubry et Rau, § 461, nª 30; Marcadé, *Comm.*, art. 185, t. I, n. 657; Demolombe, III, 319; Laurent, II, 470.

(2) V. vol. II, n. 48, pagg. 123-124 (1ª ediz.).

(3) Seguono la dottrina francese: Pacifici-Mazzoni, *Istit.* (2ª ed.), II, 171, nota; Saredo, Op. cit., n. 182; Buniva, Op. cit., pag. 214; Ricci, nota nella *Giurispr. ital.*, 1885, 1, 280; Fiore ed altri, *Il dir. civ. ital.*, II, 274, 275; Cassaz. di Torino, 24 marzo 1885 (*Fôro ital.*, X, 1, 218); Corte d'appello di Casale, in sede di rinvio, 22 giugno 1885 (*Fôro ital.*, X, 1, 1125).

Aderirono alla opinione nostra: Borsari, *Comm.*, art. 110, § 294; Losana, Monogr. nella *Temi Veneta*, 1885, pag. 393; Scotti, nota nel *Fôro ital.*, X, 1, 1125; Chironi, *Questioni di dir. civ.*, pag. 474; Corte di Genova, 23 giugno 1884 (sentenza cassata coll'altra citata dalla Cassazione torinese).

insufficienza di età nello sposo e dato il fatto del concepimento, l'azione di nullità (che pure si ammetterebbe) acquisterebbe un carattere speciale; in luogo di essere *assoluta*, com'è per sè stessa la nullità dipendente da questa causa (art. 104, cod. civ.), essa diventerebbe una nullità *relativa* al marito, al quale soltanto, e non anche alla moglie, si concederebbe di farla valere. Anzi vi ha di più; poichè, accogliendo la tesi contraria nei termini in cui venne formulata, non soltanto al marito dovrebbesi ritenere mantenuta l'azione di nullità, ma ancora agli ascendenti, al pubblico ministero e a tutti coloro che vi abbiano interesse legittimo ed attuale, giusta la regola generale dell'art. 104. Il disposto dell'art. 110, n. 2, così strettamente interpretato, verrebbe dunque a stabilire una pura e semplice eccezione d'irricevibilità opponibile personalmente alla sposa che intendesse impugnare il matrimonio.

Ora non è chi non veda quanto di arbitrario e di inammissibile si contenga in una tale dottrina, che riuscirebbe a snaturare completamente l'indole dell'azione quale è istituita dalla legge, e insieme a far mancare lo scopo di questa; giacchè ciò che qui può interessare non è che il matrimonio diventi inattaccabile da una determinata persona, ma che esso non sia attaccabile affatto. E infatti l'art. 110 non accenna neppure lontanamente a limitare (come fa invece l'art. 111, di cui diremo appresso) la qualità e il numero delle persone che possono proporre la nullità, ma solo provvede ad escludere l'azione di nullità, da parte di qualsiasi persona, in una determinata ipotesi. Tutto ciò adunque di cui si può discutere è se la gravidanza della sposa sani o no il matrimonio nel caso che la mancanza di età siasi verificata nel marito. Ma se si accetti, colla Cassazione di Torino, la soluzione negativa, e si ritenga non riferibile a questa ipotesi il disposto dell'art. 110, n. 2, si ricade necessariamente sotto la regola generale dell'articolo 104, e l'azione di nullità dovrà essere ammessa così pel marito, come per la moglie e per ogni altro interessato.

Poniamo così la questione nei suoi veri termini: l'articolo 110 — dichiarando che " il matrimonio contratto da " persone *delle quali anche una sola* non fosse pervenuta " all'età fissata, non potrà più essere impugnato.... *quando* " *la sposa, ancorchè non giunta a tale età, sia rimasta in-* " *cinta* „ — intende esso dire che il fatto del concepimento sana soltanto il matrimonio che sarebbe nullo per difetto di età *nella sposa?*

Guardando innanzi tutto alla interpretazione testuale della legge, sembra a noi che il vizio principale della opinione restrittiva sia un vizio di metodo. Gli scrittori nostri e le nostre Corti, che la adottano, partono dal supposto che la massima insegnata in quel senso dai giuristi di Francia, di fronte all'art. 185 del loro codice, rappresenti quasi una interpretazione autentica e in ogni modo una verità indiscutibile pel codice stesso. E dietro ciò, trovando o credendo trovare che la differenza di redazione del nostro art. 110 sia una differenza insignificante, di forma e non di sostanza, vengono alla conclusione che debba restar ferma anche per noi la massima francese, che la gravidanza della sposa sana il matrimonio soltanto per mancanza di età nella sposa stessa.

A noi sembra invece che sia lecito revocare in dubbio l'esattezza di questo insegnamento, pur di fronte all'art. 185 del codice Francese. E il dubbio diventa allora anche più fondato per noi, e deve tramutarsi nella convinzione contraria, stante la formula diversa dell'art. 110, cod. Italiano.

A dir vero, gli stessi autori francesi sono abbastanza incompleti nel giustificare quella interpretazione. Più accurato e più acuto nel sostenerla è il Marcadé; Demolombe si limita a riprodurne le osservazioni; Laurent si limita a dire che *il testo è formale* (!), e che la ragione della differenza fra la impubertà della moglie e quella del marito è sensibile (1).

---

(1) V. luoghi sopra citati.

Lasciando stare pel momento le ragioni intime della legge, e attenendoci alla interpretazione del testo, notiamo che l'art. 185 del codice Francese è concepito così:

“ Il matrimonio contratto da sposi che non erano an-
“ cora pervenuti all'età richiesta, o da uno dei medesimi
“ che non era ancora giunto alla stessa età, non può più
“ essere impugnato..... *quando la donna che non era giunta*
“ *a questa età avesse concepito* prima della scadenza dei sei
“ mesi (dal raggiungimento dell'età legale) „.

Gli scrittori francesi riconoscono che la prima parte dell'art. 185 comprende espressamente le due ipotesi della mancanza di età nella moglie e di quella nel marito; ma trovano che la frase finale di esso *rettifica e limita* la troppa generalità della prima espressione; perchè il n. 2 dice non potersi impugnare il matrimonio “ quando la donna *che* “ *non era giunta a questa età*, abbia concepito „. Ora (nota il Marcadé) se la gravidanza della sposa dovesse sanare il matrimonio anche per impubertà del marito, “ questo ef-
“ fetto starebbe così per la sposa pubere, come per la sposa
“ impubere, per una sposa di sedici anni, come per una
“ di trenta o quaranta, e il legislatore non avrebbe ristretto
“ la sua disposizione finale alla donna *che non aveva l'età*
“ *competente* „ (1).

Vi può essere un lato di vero in codesta riflessione, se si guarda principalmente (come si fa) al disposto finale dell'articolo. Ma il lato difettoso dell'argomento, a veder nostro, consiste appunto nel rompere così l'unità del testo, cioè nell'attribuire un significato distinto e diverso alla prima ed all'ultima parte dell'articolo, attribuendo anzi un significato prevalente a quest'ultima; mentre essa non costituisce neppure, in linea di sintassi, *una proposizione completa*, e trovasi quindi legata indissolubilmente alla locuzione precedente. Ciò stante par chiaro che fra le due parti, prima ed ultima dell'art. 185 del codice Francese, se una

(1) Cf. Cassazione di Torino, sentenza citata.

deve interpretarsi in modo subordinato all'altra, deve essere precisamente l'ultima, che fa seguito alla prima. Ed ecco perchè l'autorità, sia pur concorde, degli autori francesi, non è tale, nel caso nostro, da doversi seguire senza facoltà di critica; e lascia più libero il campo alla interpretazione diretta del nostro art. 110, che resta ora da esaminare.

L'art. 110 adunque comincia col prevedere la ipotesi, che un matrimonio siasi contratto da persone " *delle quali* " *anche una sola non sia pervenuta all'età fissata* „. E data questa ipotesi, stabilisce al n. 2, che tuttavia il matrimonio non può essere impugnato " *quando la sposa, ancorchè non* " *giunta a tale età, sia rimasta incinta* „. — Ora quest'ultima parte del testo non poteva certamente riferirsi che alla sposa. Ma si noti bene (e può far meraviglia che non sia stato avvertito), in questo n. 2 la legge considera e determina, non il fatto che costituisce *il vizio* del matrimonio, bensì e soltanto quello che ne produce la *sanatoria*. Se dunque qui si parla soltanto della sposa, giunta o non giunta all'età legale, ciò non è per limitare a questa la causa della nullità che la legge vuole sanare. Quale sia invece la causa della nullità è determinato nelle prime parole dell'articolo, le quali comprendono espressamente la insufficienza di età così nell'uno come nell'altro degli sposi.

E ciò non è tutto. Gli scrittori francesi nell'interpretazione dell'ultima parte dell'art. 185 attribuivano un valore decisivo ai termini in cui quella trovasi espressa " quando la donna *che non aveva questa età* ha concepito „ — il che, secondo essi, viene a restringere tutto il contesto dell'articolo alla sola ipotesi della mancanza di età nella sposa. L'art. 110 del codice Italiano sostituisce alle parole " sposa *che non aveva* l'età richiesta „ le altre che leggonsi nel n. 2 " *ancorchè non giunta* a tale età „. — I seguaci, presso noi, della dottrina francese, affermano essere questa una modificazione di pura forma, una differenza nel modo di dire, senza che possa attribuirsele nemmeno uno scopo preciso.

Ma quale sia invece il significato e lo scopo di questa diversa espressione fu da noi rilevato più sopra (1), avvertendo che con essa viene più apertamente stabilito il concetto, che la gravidanza della sposa vale a sanare il matrimonio, per sè sola, indipendentemente dal raggiungimento dell'età legale, che è altra causa di convalidazione, secondo il n. 1 dello stesso articolo. Ciò stante, il significato logico e naturale di questa espressione, ravvicinata come dev'essere al principio dell'articolo, è semplicemente questo: *la legge non suppone, ma dichiara indifferente che la sposa rimasta incinta mancasse essa dell'età legale.*

Così, nella opinione nostra, la locuzione dell'art. 110, n. 2, equivale perfettamente a quest'altra " quando la sposa, *abbia o non abbia essa* l'età richiesta, sia rimasta incinta „. — Nella opinione contraria, invece, si comincia col togliere il legame fra la prima e l'ultima parte del testo, si suppone che la locuzione del n. 2 venga a ripetere dentro di sè (ma insieme a modificare) l'enunciazione contenuta nel principio dell'articolo. E il testo della legge si trova allora rifatto così: " Il matrimonio *contratto da una donna* " che non sia pervenuta all'età fissata, non può più essere " impugnato, quando essa sia rimasta incinta „. — Ed è ciò che a noi, dopo le non brevi osservazioni esposte, sembra del tutto inammissibile.

Resta a dire dell' altro argomento che si vuol trarre dai motivi e dallo scopo della legge: dove sembra a noi che i fautori della dottrina contraria, nel contrapporre la valutazione (del resto anche in sè discutibile) degli inconvenienti a cui si potrebbe andare incontro, alle risultanze sovraesposte del testo, abbiano confuso più che non convenga la questione di diritto costituendo con quella di diritto scritto.

Dal punto di vista del sistema della legge, non può negarsi però che un argomento abbastanza serio e in ap-

---

(1) V. numero precedente, pag. 619.

parenza decisivo, a favore della dottrina contraria, risulti dalla circostanza, che la gravidanza della sposa *non è causa generale* di convalidazione dei matrimoni annullabili, ma vale soltanto, secondo il preciso disposto dell'art. 110, a sanare la nullità dipendente dal difetto di età legale negli sposi. Per tutte le altre cause di nullità, non fa ostacolo nè riparo la circostanza che dal matrimonio soggetto ad annullamento siano per nascere, o siano già nati figli, salvo, specialmente riguardo a questi, il beneficio inerente alla finzione del matrimonio putativo (art. 116, cod. civ.). Siccome dunque la sanatoria ammessa nell'art. 110, n. 2, ha un carattere *relativo* ai matrimoni viziati per insufficienza di età, così fu naturale il ricercare una intima relazione tra il fatto della gravidanza e la ragione specifica dell'annullamento del matrimonio. Gli è perciò che dai fautori della dottrina contraria si è creduto di trovare una profonda differenza fra le due ipotesi della mancanza di età nella moglie e nel marito; credenza che si traduce nel detto comune, che la gravidanza della sposa può sanare la nullità dipendente da impubertà legale della sposa stessa, perchè il fatto della gravidanza *dimostra in essa la effettiva capacità alla procreazione:* non può sanare invece la nullità dipendente dalla impubertà legale del marito, *non avendosi certezza che l'avvenuto concepimento sia opera di lui, tanto più quando egli non abbia raggiunta l'età legale richiesta.* È, questa, in ultima analisi, la ragione precipua e sostanziale della opinione contraria.

L'argomento, basandosi sulla possibilità e anzi sulla probabilità dell'adulterio, va a trovarsi naturalmente in contrasto colla massima fondamentale *pater is est quem nuptiae demonstrant.* — Onde escludere l'applicazione di questa massima al caso in questione, taluni dei contraddittori hanno detto senz'altro che la massima stessa presuppone che il matrimonio sia *valido* (1), il che, come ora ve-

(1) V. Corte di Casale, sentenza citata.

dremo, è assai lungi dal corrispondere al vero; altri hanno creduto di meglio giustificarne la esclusione, osservando che nel caso di matrimonio contratto prima dell'età prefissa, vi ha *una presunzione legale di non pubertà, la quale combatte e neutralizza quella di paternità del marito* (1).

A quest'ultima e più ardita affermazione fu però naturale e ripetuta la risposta, che la pretesa presunzione di incapacità a generare si risolve in un anacronismo legale; perocchè la prefissione di una certa età pel matrimonio *era* inspirata alla considerazione della attitudine naturale alla procreazione sotto altre legislazioni, che perciò stabilivano l'età di 14 anni pei maschi e di 12 per le femmine (2); ma non lo è più per la legislazione attuale, che per altre vedute d'ordine fisiologico, morale e sociale, non appagandosi della sola possibilità materiale della generazione, porta ad un'epoca più avanzata l'età in cui è concesso di contrarre matrimonio. È quindi contrario alla verità delle cose il dire che la nullità dei matrimoni contratti prima della età richiesta implichi una presunzione d'anteriore impotenza alla procreazione; nè dunque, inversamente, la convalidazione di tali matrimoni può aver bisogno di ristabilire la prova di quella capacità naturale, che in realtà non era esclusa. — Questo punto della questione fu svolto con mirabile lucidità dal Losana, e fu lungamente e sottilmente (se male non abbiamo inteso) sostenuto anche dal prof. Chironi (3).

Ma, a veder nostro, occorre andare più innanzi. Si è infatti avuto torto col solo porre in dubbio che la presunzione normale di paternità del marito vada connessa anche ai matrimoni soggetti ad annullamento. Vi ha ben di più; secondo il diritto nostro positivo, quella presunzione resta,

---

(1) V. Marcadé, Demolombe (ll. cc.).

(2) Solo per queste legislazioni può quindi considerarsi esatta la locuzione di *pubertà* o *impubertà legale*, tuttora usata impropriamente per designare il compimento o meno della età richiesta.

(3) V. Monografie citate.

malgrado e dopo l'effettivo annullamento del matrimonio. È insegnamento unanime che la dichiarazione giudiziale di nullità del matrimonio (a parte anche l'ipotesi più favorevole del matrimonio putativo — art. 116, cod. civ.) non fa venir meno la presunzione di paternità del marito, ed ha solo per effetto di convertire la paternità legittima in paternità *naturale* (1). Più innanzi, trattando degli effetti della nullità, vedremo le ragioni su cui riposa questa regola cardinale. Per ora basti avvertire che la regola in discorso, se poteva offrire qualche difficoltà di dimostrazione nel diritto francese, risulta inconcussa per l'art. 160 del codice Italiano, il quale dichiara presumersi concepito durante il matrimonio il figlio nato non prima di 180 giorni dalla celebrazione del matrimonio " *e non dopo* 300 *giorni dallo scioglimento* OD ANNULLAMENTO *di esso* „ (2). Parificati così espressamente i due casi dello scioglimento del matrimonio per morte dell'uno dei coniugi e della dichiarata sua nullità, è impossibile contrastare che la presunzione *pater is est quem nuptiae demonstrant* si colleghi anche ai matrimoni illegali e quindi annullati; salvochè in caso di annullamento (e all'infuori dell'ipotesi più favorevole dell'art. 116) la paternità diventerà *naturale* soltanto.

Ora come si vorrà coordinare questa norma testuale del codice Italiano colla tesi contraria che, adducendo la possibilità dell'adulterio, vuole aperta l'azione di nullità per difetto di età nel marito, malgrado la gravidanza della moglie? — Si ammetterà che, pronunciato l'annullamento, rimanga tuttavia la presunzione di paternità (almeno naturale) del marito, a termini del predetto art. 160? E allora i seguaci di quella soluzione si troveranno in contraddizione con sè medesimi, e con questa concessione toglie-

---

(1) Cf. Aubry et Rau, § 459; Demolombe, III, 345; Laurent, II, 438.

(2) Sta in coerenza con questa l'altra disposizione dell'art. 192, n. 2, che ritiene constatata egalmente la filiazione adulterina o incestuosa, per l'effetto degli alimenti, quando " *la paternità o la maternità dipenda da un* " *matrimonio dichiarato nullo* „.

ranno essi stessi ogni valore logico alla loro teoria, fondando questa sul dubbio che la gravidanza della moglie sia opera d'altri che del marito, e accettando insieme la presunzione di paternità del marito stesso, come è mantenuta dall'art. 160, anche in seguito all'annullamento del matrimonio. — Negheranno, invece, per essere coerenti, che la presunzione di paternità, stabilita dall'art. 160, sia applicabile al caso speciale della nullità derivante da insufficienza di età del marito? Ciò fu sostenuto in Francia dal Demolombe (1); ma di fronte alla disposizione più categorica e più completa dell'art. 160 del codice nostro (cf. art. 312 e 315, cod. Franc.) sarebbe assai difficile il giustificare la restrizione che al principio posto nel detto art. 160 volesse così portarsi pel caso che il matrimonio venga annullato in ragione della età del marito; restrizione che infatti non troverebbe appoggio alcuno nel testo medesimo dell'art. 160, il quale non distingue tra cause e cause di nullità, e dice in genere presumersi figlio del marito chi è nato non dopo 300 giorni *dall'annullamento* del matrimonio: nè in quello dell'art. 110, il quale (come già si è visto) nulla dice circa le conseguenze dell'annullamento: nè infine nella ragione intima delle cose, giacchè si è pure veduto come sia falsa la supposizione che la legge presuma impotente a generare l'uomo che non ha raggiunto i 18 anni (2), e che per questa supposta impotenza soltanto gli vieti di contrarre matrimonio.

Ma qui si affaccia in senso opposto un'altra obbiezione. Ammessa la teoria da noi propugnata, essa potrà e dovrà applicarsi anche all'ipotesi che il marito sia un fanciullo di dodici o tredici anni, il quale pure si presumerà autore

---

(1) V. t. III, n. 346.

(2) Si rifletta altresì come questa pretesa presunzione di inattitudine a generare prima dei 18 anni renderebbe incoerente la legge, la quale non permette al marito il disconoscimento della prole, per causa d'impotenza, se questa non sia *manifesta* (art. 164), e dovrebbe dunque, nel caso nostro, considerare *manifestamente* impotente un giovane di 17 anni o 17 e mezzo!

della gravidanza. È serio, è tollerabile questo? (1). — L'argomento che si trae *ab absurdo* potrebbe, in ogni caso, dimostrare null'altro che un inconveniente, valutabile dal legislatore per una futura correzione della legge, insufficiente però per autorizzare l'interprete a mutare i concetti che emergono dai testi fin qui studiati degli art. 110 e 160. Ma il vero è che se si vuol portare la disputa sul terreno degli inconvenienti pratici, bisogna essere pratici innanzi tutto, e convenire che, presso di noi, le ipotesi di mariti fanciulli appartengono alla fantasia più che alla vita reale. Nel fatto si tratterà quasi sempre di giovani prossimi all'età legale, e che per lo sviluppo fisico apparente possano trarre in inganno l'ufficiale di stato civile, colla scorta di documenti falsi o inesatti (2). Sicchè (se pur si voglia esaminare la cosa sotto l'aspetto degli inconvenienti pratici) la dottrina contraria riuscirà, per un matrimonio contratto da sposo effettivamente immaturo, ad annullarne cento, in cui lo sposo, benchè al disotto dei 18 anni, possiederà la attitudine generativa, la quale, del resto, non è neppure, come si disse, esclusa dalla legge nel prefiggere il compimento di quella età.

Aggiungeremo un'ultima considerazione, che pure a noi sembra di qualche peso. I sostenitori della opinione contraria si fermano alla ipotesi che la insufficienza di età siasi verificata nel solo sposo; e per questa ipotesi escludono la convalidazione del matrimonio, a senso dell'articolo 110, n. 2. Ma può pure supporsi che il difetto di età fosse comune ad entrambi i contraenti. E allora, dato il fatto della gravidanza, non siamo nei termini precisi dell'articolo 110, n. 2 — anche interpretato secondo i loro criteri — cioè della sposa che, non giunta all'età richiesta, è rimasta incinta? E se quindi si dovrà ammettere che in

---

(1) V. Pacifici-Mazzoni, loc. cit.; Corte di Casale, sentenza citata.

(2) Come appunto si verificò nella fattispecie decisa dalla Cassazione di Torino e dalla Corte di Casale, in causa Solari-Tiscornia.

tal caso la nullità del matrimonio resti coperta, come si potrà giustificare (nella dottrina contraria) che la mancanza di età del marito cambi valore e significato, secondo che sia accompagnata o no da quella della sposa, cioè che la impubertà legale di lui impedisca da sola la convalidazione del matrimonio, non la impedisca se congiunta alla impubertà legale della sposa? (1).

158. Discendiamo ora ad occuparci di quella eccezione tutta *relativa*, per la quale a certe persone soltanto è vietato di esercitare l'azione di nullità del matrimonio contratto da individui non aventi l'età richiesta; azione che rimane quindi aperta ad ogni altra persona interessata.

Dispone in proposito l'art. 111: " Il matrimonio con-
" tratto prima che gli sposi, o l'uno di essi avesse l'età
" fissata, non può essere impugnato dagli ascendenti, nè
" dal consiglio di famiglia o di tutela che vi abbiano ac-
" consentito ".

Vedemmo già per incidenza i motivi di tale disposizione; i quali riassumonsi in questo, che non deve permettersi a chi prima conculcò la legge, consentendo ad un matrimonio da essa vietato, di conculcare poi la fede del matrimonio stesso al quale aveva prestato il proprio assenso (2).

Le persone alle quali può opporsi questa eccezione, secondo il testo dell'art. 111, la cui disposizione è necessariamente *tassativa, perchè eccezionale*, sono gli *ascendenti* ed il *consiglio di famiglia o di tutela;* in altri termini sono quelle appunto al cui consenso la legge subordina il matrimonio dei minorenni, cioè *il padre e la madre*, in loro mancanza *gli avi e le avole*, in mancanza di questi *il consiglio di famiglia*, o, se trattisi di un figlio naturale non riconosciuto o di un figlio naturale riconosciuto, ma che non abbia vivente nessuno dei genitori, il *consiglio di tutela* (art. 63 al 66 del codice civile).

(1) V. Losana, Monografia citata.
(2) Cf. sopra, nº 149, p. 582.

Da questo stesso apparisce che quando il detto art. 111 parla di *consenso*, prestato dagli ascendenti o dal consiglio di famiglia o di tutela al matrimonio del discendente o del tutelato, intende di un consenso vero, dato a termini dei ricordati articoli 63 al 66, non già di un'approvazione per quanto esplicita ed in atti, che quelle persone avessero espressa riguardo ad un matrimonio a cui non sarebbero state chiamate dalla legge a consentire (1). Così, per es., se vivente il padre dello sposo, fosse intervenuto anche l'avo materno a dichiarare di approvare il matrimonio che il suo discendente era per contrarre, ciò non impedirebbe all'avo stesso di potere poi, morto il padre, impugnare di nullità quel matrimonio, per essere stato contratto prima che lo sposo avesse compiuta l'età necessaria. Lo stesso sarebbe se, viventi gli ascendenti più prossimi, i più remoti avessero emessa una somigliante approvazione, o l'avesse data il consiglio di famiglia vivendo ancora avoli od avole dello sposo.

Altrettanto manifesto è poi che si suppone il consenso prestato *in cognizione di causa;* chè se fosse stato dato per errore, credendo contro verità che fosse già compiuta dallo sposo l'età necessaria per contrarre matrimonio, non potrebbesi applicare la disposizione dell'art. 111, di cui mancherebbero evidentemente i motivi e la giustizia (2).

Avvertasi infine che gli ascendenti stessi e il consiglio di famiglia o di tutela, i quali avessero a termini di legge prestato il consenso al matrimonio del discendente o del tutelato, sarebbero bensì impediti dal promuovere la dichiarazione di nullità *per questa causa* di mancanza della età necessaria negli sposi od in uno di essi, ma potrebbero, ciò non ostante, proporre la nullità assoluta che derivasse

---

(1) V. Aubry et Rau, § 461, n^a^ 26; Demolombe, III, 322; Laurent, II, 471; Ricci, *Dir. civ.* (2ª ed.), I, 323 in fine; Fiore ed altri, Op. cit., II, 276. — *Contro:* Toullier, I, 627.

(2) V. Valette sur Proudhon, chap. XXII, sect. VII, § 2, nª *a* in fine; Demolombe, t. III, n. 323, 3°.

da qualunque altra causa, come da vincolo di parentela o di affinità tra gli sposi, da vincolo di adozione, ecc. — Ciò risulta abbastanza dall'indole eccezionale della disposizione di questo art. 111, e dal non essere per essa impedito l'esercizio dell'azione in nullità, fuorchè pel caso in cui sia stato contratto il matrimonio *prima che gli sposi o l'uno di essi avesse l'età fissata*. D'altronde la differenza fatta così dalla legge tra questa e l'altre cause di nullità assoluta è giustificata dalla maggiore importanza di queste ultime in rapporto al buon ordine delle famiglie e della società.

159. *b*) A chiudere questo tema delle azioni di nullità assoluta del matrimonio, e delle cause di sanatoria ammesse tuttavia dalla legge in casi determinati contro le nullità stesse, ci resta da esaminare un ultimo punto, quello che concerne la convalidazione del matrimonio che sarebbe nullo *per vizi di forma della sua celebrazione*. Ben inteso che non si tratta qui di quei vizi di celebrazione che renderebbero il matrimonio *inesistente*, ma solo di quelli che lo rendono soggetto ad annullamento, e pei quali soltanto è concepibile che la nullità possa essere sanata (1).

A tale riguardo dispone l'art. 104, §§ 2 e 3: “ Dalle “ stesse persone può essere impugnato il matrimonio *cele-* “ *brato dinanzi ad un ufficiale non competente dello stato ci-* “ *vile o senza la presenza dei voluti testimoni*. — Decorso “ un anno dalla celebrazione del matrimonio, la domanda “ di nullità *per incompetenza dell'ufficiale dello stato civile* “ non è più ammessa „.

Diversamente dal nostro, il codice Francese all'art. 191 pronunciava la nullità *assoluta* del matrimonio *che non fosse stato contratto pubblicamente, o non fosse stato celebrato davanti l'ufficiale pubblico competente*.

Ma la pubblicità della celebrazione del matrimonio dipendendo da diversi elementi che concorrono a costituirla

---

(1) V. sopra, n. 110, pag. 403.

(quali sono le pubblicazioni, l'intervallo tra esse, il termine che deve decorrere ed essere compiuto dopo l'ultima, la celebrazione nella casa comunale, la presenza dei testimoni, l'ammissione del pubblico), sarebbe stata una grave imprudenza se il legislatore avesse dichiarato *clandestino* e quindi nullo assolutamente il matrimonio nel quale fosse stata omessa una qual che si fosse di quelle formalità; mentre il concorso delle altre avrebbe potuto ancora essere bastante a presentare gli elementi di una pubblicità soddisfacente. Perciò il successivo art. 193 supponeva, e la dottrina e la giurisprudenza erano d'accordo nell'ammettere, che fosse abbandonato al potere discrezionale dei tribunali il riconoscere e dichiarare se il matrimonio di cui fosse chiesto l'annullamento per l'inosservanza d'una o più delle formalità che dovevano accompagnarne la celebrazione, avesse o no ricevuto una pubblicità sufficiente per soddisfare al voto della legge.

Siccome però lo stesso art. 191 estendeva la sua disposizione, non tanto in genere al difetto di pubblicità nella celebrazione del matrimonio, quanto anche specialmente alla incompetenza dell'ufficiale dello stato civile, sorgeva il dubbio se anche per quest'ultima spettasse ai tribunali lo stesso potere discrezionale nel giudicare se la violazione delle regole di competenza, commessa nella celebrazione del matrimonio, fosse o no abbastanza grave per produrre la nullità. E quantunque fossero di gran lunga più numerose le autorità che appoggiavano l'affermativa (1), non mancava però anche qualche opinione contraria (2).

Il nostro codice non ha imitato in ciò il Francese, nè ha lasciato luogo ai dubbi ch'esso provocava in questo argomento.

---

(1) V. Merlin, *Rép.* v° *Mariage*, sect. VI, § 2; Toullier, t. I, n. 644; Aubry et Rau, § 467, n^a^ 18; Marcadé, art. 195, § 1, t. I, n. 664, s.; Valette sur Proudhon, chap. XXII, sect. IV, § 2, n. 8; *Observ.*, § 1; Demolombe, t. III, n. 298; Laurent, II, 483.

(2) V. Duranton, t. I, ed. Brux., n. 925 a 930.

La *clandestinità* non è considerata per sè come una causa di nullità del matrimonio. E poichè le disposizioni della legge sono in tale materia necessariamente *tassative*, non è a dubitarsi che, tolte le due condizioni espressamente prescritte a pena di nullità dall'art. 104, § 2, cioè la competenza dell'uffiziale di stato civile e la presenza dei testimoni, tutte le altre, sebbene stabilite per la pubblicità del matrimonio, non ne produrrebbero, in caso di loro mancanza, la nullità, ma solo farebbero luogo alle sanzioni penali determinate dalla legge (art. 123, 124, § 2, 126, codice civile). Si è evitato così di lasciare ai tribunali quella ampiezza di facoltà che avrebbe potuto talvolta degenerare in arbitrio, se si fosse rimesso ad essi totalmente, come faceva l'art. 193 del codice Francese, di decidere se le contravvenzioni commesse alle disposizioni della legge *fossero sufficienti per far pronunciare la nullità del matrimonio*. Si è limitata l'applicazione della pena di nullità all'omissione di due sole prescrizioni, le quali mentre da un lato sono fra le più importanti per garanzia della verità e lealtà del contratto di matrimonio, dall'altro sono assolute, e riguardano un fatto semplice, indivisibile, non suscettivo di una graduazione, nella quale occorra di lasciare al potere discrezionale dei magistrati la determinazione del punto in cui si riscontri una violazione abbastanza grave della legge per produrre la nullità dell'atto. L'ufficiale dello stato civile, davanti a cui si celebra il matrimonio, od ha perfetta competenza, o non ne ha nessuna; i testimoni o sono o non sono presenti all'atto nel numero stabilito dalla legge. Non vi ha via di mezzo, non possibilità di più o di meno. Così pertanto il nostro codice ha potuto, senza abbandonare al criterio dei giudici il sentenziare se le contravvenzioni fatte alla legge siano sufficienti per far pronunciare la nullità del matrimonio, dichiarare esso medesimo direttamente ed assolutamente questa nullità, pel caso in cui sia constatata la incompetenza dell'uffiziale dello stato civile o la non presenza dei testimoni richiesti. E tale ap-

punto è il senso e la portata del disposto nel paragrafo secondo dell'articolo 104, dove evidentemente si esclude qualunque facoltà nei giudicanti di dichiarare valido un matrimonio celebrato davanti un uffiziale non competente dello stato civile, o senza la presenza dei voluti testimoni.

L'art. 101 del progetto Pisanelli dichiarava assoluta la nullità del *matrimonio che non fosse stato celebrato dinanzi all'uffiziale dello stato civile competente*, ma non parlava del caso in cui mancasse la presenza dei testimoni voluti dalla legge. Quest'aggiunta fu fatta nel corrispondente art. 113 del progetto concordato tra la Commissione del Senato ed il Ministro guardasigilli; ma contemporaneamente s'introdusse un'altra novità assai grave, consistente nel rendere *relativa ai soli sposi* quella nullità che il progetto ministeriale proponeva *assoluta*. Di tali modificazioni adducevansi i motivi seguenti:

" A tenore del medesimo articolo (101 del prog. mini-" steriale) sarebbe pure assoluta la nullità del matrimonio " non celebrato davanti l'uffiziale dello stato civile compe-" tente. — Parve alla Commissione che la facoltà d'impu-" gnare questo matrimonio debba essere concessa soltanto " agli sposi; *giacchè potendo essi confermare o rinnovare* " *immediatamente la loro unione innanzi all'uffiziale compe-* " *tente, vano, illusorio e privo di giusta causa sarebbe il di-* " *ritto che ad altri si concedesse di domandarne l'annulla-* " *mento*. Dicasi lo stesso del matrimonio celebrato senza " la presenza del numero prescritto di testimoni. In " amendue questi casi la Commissione ha stimato di ren-" dere *relativa* la nullità, permettendo ai soli sposi di pro-" porla „ (1).

Alla Commissione di coordinazione fu proposto dal Ministro guardasigilli il quesito, " se sia conforme al sistema " legale che il matrimonio celebrato dinanzi ad un uffi-" ziale dello stato civile non competente, o senza la presenza

(1) V. Relazione Vigliani al Senato, n. 62.

“ dei testimoni prescritti, possa essere impugnato soltanto
“ dagli sposi „.

Su di ciò manifestaronsi tra i Commissari diverse opinioni.

Eravi chi sosteneva che nè l'incompetenza dell'uffiziale di stato civile, nè la mancanza dei testimoni dovesse produrre nullità, fosse poi assoluta o relativa, del matrimonio; bastare, dicevasi, a guarentire l'osservanza della legge le sanzioni penali da essa stabilite; tanto meno potersi accordare il diritto d'impugnare il matrimonio agli sposi stessi, che avrebbero dato causa alla nullità “ perchè sarebbe
“ immorale che potessero profittare della loro colpa per
“ annullare il matrimonio, dopo avere anche avuta una
“ lunga coabitazione e quando saranno forse già nati dei
“ figli „; d'altronde “ la competenza dell'uffiziale dello
“ stato civile e la presenza dei testimoni non essere cose
“ talmente essenziali che per la loro inosservanza possa
“ pronunciarsi nullità del matrimonio anche sull'istanza
“ di quelli che vi hanno concorso „.

Altri riteneva doversi distinguere tra la incompetenza dell'uffiziale dello stato civile e la non presenza dei testimoni voluti dalla legge; la prima dover produrre la *nullità assoluta* del matrimonio; dalla seconda non dover derivare nullità nè assoluta nè relativa; imperocchè, la presenza dei testimoni non essendo richiesta per altro fine che di prova dell'atto, non siavi ragione sufficiente di pronunciare la nullità quando consti veramente che il matrimonio abbia avuto luogo.

Il maggior numero però fu d'accordo nell'ammettere che sì la competenza dell'uffiziale dello stato civile, come la presenza dei testimoni domandati dalla legge, dovessero considerarsi quali condizioni essenziali per guarentigia e solennità dell'atto di matrimonio, e per evitare pericoli gravissimi d'inganni e frodi; la mancanza sì dell'una che dell'altra dovesse quindi produrre una vera nullità d'ordine pubblico ed *assoluta;* a ciò confortare anche l'esempio del

diritto canonico, il quale considera come non avvenuto il matrimonio se non sia celebrato in presenza del parroco e di due testimoni; dal rendere la nullità relativa ai soli sposi, come nel progetto senatorio, derivare questo grave inconveniente che *per tal modo potrebbersi convalidare con un mezzo indiretto matrimoni riprovati per motivi d'ordine pubblico dalla legge*. Proponevasi, per queste considerazioni, di sopprimere il secondo paragrafo dell'articolo 113 del progetto senatorio, ripristinando quello dell'art. 101 del progetto Pisanelli. Come mezzo conciliativo delle opinioni in conflitto, ed anche " per non lasciare troppo a lunga so- " spesa la sorte dei matrimoni nullamente *contratti davanti* " *all'uffiziale incompetente* „ fu progettato da un altro commissario di stabilire il termine di un anno per proporre questa nullità. E l'una e l'altra di tali proposizioni fu accettata dalla Commissione. La quale inoltre determinò, come conseguenza della presa deliberazione, di sopprimere il secondo paragrafo dell'art. 115, dov'era detto che non sarebbe ammessa la domanda di nullità *quando vi fosse stata coabitazione degli sposi dopo la celebrazione del matrimonio* (1).

159 *bis*. Dalle cose sovra esposte, e dalle discussioni che furono riferite, emergono facilmente le massime che secondo lo spirito della nostra legislazione devono regolare l'applicazione del secondo paragrafo dell'art. 104; e senza ulteriori dimostrazioni, che sarebbero superflue, basterà qui il riassumere brevemente quelle massime, che sono le seguenti:

1° La clandestinità per sè stessa non è causa di nullità del matrimonio. Non solo dunque il matrimonio nella celebrazione del quale siano state osservate tutte le formalità prescritte dalla legge, ma che le parti abbiano tenuto *segreto*, riuscendo a limitarne la notizia al piccolo numero

(1) V. Processi verbali, n. 8, § 1.

delle persone che hanno dovuto necessariamente assistervi; ma sarà valido eziandio quello nel quale sia stata omessa qualcuna delle forme che la legge per fine di pubblicità impone, purchè solo non si tratti d'una di quelle condizioni che l'art. 104 espressamente esige sotto pena di nullità, cioè la *competenza dell'ufficiale* ricevente e la *presenza dei testimoni.*

La dottrina però e la giurisprudenza hanno giustamente consacrata la massima, che qualora il matrimonio sia stato occultato per fatto degli sposi, non possano essi opporlo a terze persone che avessero contrattato con loro, ignorando l'esistenza di quel matrimonio (1). Non è questa che una applicazione naturale del principio che qualunque fatto dell'uomo che arrechi danno ad altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto a risarcire il danno (art. 1151, cod. civ.), e della massima di ragione che chi diverrebbe responsabile di un danno, deve anzitutto astenersi dal recarlo.

2° Quando il matrimonio sia stato celebrato dinanzi ad un uffiziale non competente dello stato civile, o senza la presenza dei testimoni necessari, la nullità *è di pieno diritto* (2). La semplice ispezione dell'atto basta infatti a manifestare se non sieno stati presenti alla celebrazione i testimoni che la legge esigeva; e accertato questo fatto non potrebb'essere in arbitrio dei giudici il dichiarare tuttavia la validità del matrimonio contratto, in onta al disposto dell'art. 104 § 2°. — In ciò veramente avvi una differenza considerevole tra questo caso e quello d'incompetenza dell'ufficiale di stato civile ricevente. La questione che si elevi intorno alla competenza od incompetenza di lui, può presentare difficoltà sopra punti di fatto e di diritto (confronta art. 93, 16 e seg., cod. civ.), la cui soluzione non

(1) V. Aubry et Rau, § 467, nª 16; Marcadé, art. 191, § 4, t. I, n. 670; Demolombe, t. III, n. 297.

(2) Presa questa espressione nel senso usuale. — V. in proposito: vol. I, n. 109, pag. 739 e seg.

sia tanto ovvia e richieda dall'autorità giudicante indagini speciali e decisioni incensurabili quanto alla constatazione dei fatti. Ad ogni modo però sta sempre che, risultando essere stato celebrato il matrimonio da un ufficiale di stato civile diverso da quello del comune ove tanto l'uno quanto l'altro degli sposi aveva il domicilio o la residenza, non potrebb'essere in facoltà del tribunale il pronunciare tuttavia la validità del matrimonio stesso, senza incorrere in un'aperta violazione dell'art. 104 § 2° del codice civile; il quale assolutamente nega ai giudici quel potere discrezionale che, secondo l'opinione prevalsa in Francia, dovevasi ritenere ad essi attribuito dall'art. 191 combinato col 193 di quel codice.

3° La nullità derivante sì da incompetenza dell'uffiziale dello stato civile che da mancanza dei testimoni necessari secondo la legge, è *assoluta;* proponibile quindi da tutte le persone indicate nel primo paragrafo dello stesso art. 104 (detto art. § 2), giusta le norme che a luogo opportuno furono dimostrate (1). A questa nullità sono pertanto applicabili le massime per le quali si differenziano le nullità *assolute* dalle *relative* (2).

4° Sta dunque fermo il principio che anche la nullità dipendente da incompetenza dell'uffiziale dello stato civile, o dalla non presenza dei testimoni voluti dalla legge, come tutte le altre *nullità assolute*, sia generalmente *perpetua* ed *irreparabile;* e che questa regola non abbia a subire altre eccezioni fuor di quelle che sieno scritte in un testo espresso di legge.

5° Del principio testè ricordato ci porge occasione immediata di applicazione quanto è disposto dal successivo § 3° del medesimo articolo 104 " Decorso *un anno* — " esso dice — *dalla celebrazione del matrimonio*, la domanda " di nullità *per incompetenza dell'uffiziale dello stato civile* " non è più ammessa ".

(1) V. sopra, n. 147, pag. 568.
(2) V. sopra, n. 144, pag. 557.

Delle due cause di nullità assoluta contemplate nel precedente paragrafo, questa sola dell'incompetenza vediamo assoggettata alla disposizione eccezionale contenuta in questo paragrafo terzo. Ne segue pertanto, sia pei principii generali d'interpretazione delle leggi, che non permettono l'estensione di disposizioni eccezionali a casi non contemplati, sia pei principii speciali riguardanti questa materia delle nullità assolute del matrimonio, che all'azione di nullità dipendente dalla non presenza dei testimoni voluti dalla legge non potrà opporsi il decorso di un anno, nè altra prescrizione qualunque, ma quell'azione conserverà il carattere di perpetuità proprio generalmente di tutte le nullità assolute. E se questa conclusione potesse abbisognar di conferma, la troveremmo facilmente nell'origine stessa del predetto § 3° dell'art. 104.

Fu dopo essersi adottata dalla maggioranza della Commissione coordinatrice la massima di applicare la sanzione della nullità assoluta tanto alla incompetenza dell'uffiziale di stato civile quanto alla mancanza de' testimoni, che uno dei commissari, considerando la conventenza di non lasciare troppo a lungo sospesa la sorte dei matrimoni la cui nullità dipendesse unicamente dall'incompetenza dello uffiziale ricevente, propose di stabilire per l'esercizio della corrispondente azione il termine perentorio di un anno. E veramente questa convenienza appariva assai più rilevante per la nullità a causa d'incompetenza che per quella derivante da mancanza dei testimoni; perciocchè per quest'ultima, risultante dalla semplice ispezione dell'atto di matrimonio, riesce assai facile in qualunque tempo e scevro da questioni il rilevare e far valere la nullità, mentre per l'altra il dimostrare la incompetenza dell'uffiziale che avesse ricevuto l'atto di matrimonio può aprir l'adito a questioni, nelle quali la difficoltà delle prove di fatto necessarie potrebbe aumentare col tempo. Il ministro guardasigilli, nella relazione colla quale presentava alla sanzione Reale il nuovo codice civile, dopo avere esposte in riassunto le ragioni

" che dettarono la modificazione introdotta nell'art. 104,
" con cui fu statuito competere l'azione di nullità del ma-
" trimonio alle persone mentovate nell'articolo medesimo,
" nella duplice ipotesi, sia della incompetenza dell'uffiziale
" dello stato civile, sia della non presenza dei testimoni allo
" atto „ aggiungeva che " tenuto riguardo *essere caso men*
" *grave dell'assenza dei testimoni la incompetenza dell'uffiziale*
" *dello stato civile*, stimavasi opportuna cosa *prescrivere un*
" *termine non eccedente l'anno all'esercizio della domanda di*
" *nullità per vizio d'incompetenza* „.

È pertanto dimostrata sott'ogni aspetto l'inapplicabilità del decorso del tempo stabilito dal § 3° dell'art. 104 alla nullità derivante dalla mancata presenza dei testimoni richiesti dalla legge (1).

Per identiche ragioni dobbiamo ritenere eziandio, che siccome la legge ammette questo solo mezzo del decorso di un anno dalla celebrazione del matrimonio, per sanare la nullità dipendente da incompetenza, così nè questa, nè la mancata presenza dei testimoni possa mai esser coperta per qualunque altra causa, nè per ratifica espressa o tacita. — Ed anche di questo troviamo una conferma manifesta in ciò che fu fatto dalla commissione coordinatrice; quando, come conseguenza dell'avere ridato il carattere di assoluta alla nullità per incompetenza dell'uffiziale di stato civile o per mancanza dei testimoni, e dell'avere per la prima prefisso il termine di un anno a promuovere l'azione corrispondente, deliberò di sopprimere la disposizione del progetto che toglieva l'azione di nullità, *quando vi fosse stata coabitazione degli sposi dopo celebrato il matrimonio*, senza che fosse prefisso termine alcuno di durata di tale coabitazione.

Così dunque nel caso d'incompetenza dell'uffiziale dello stato civile, è il decorso di *un anno dal giorno della celebrazione del matrimonio* che preclude l'adito all'azione di nul-

(1) Cf. Borsari, art. 104, § 276; Pacifici-Mazzoni, *Istit.* (2ª ediz.), II, 169, 170; Buniva, Op. cit., I, pag. 213; Ricci, *Dir. civ.* (2ª ediz.), I, 322; De-Filippis, Op. cit., IX, 75.

lità, *quand'anche non siavi stata punto coabitazione tra gli sposi*, ed all'opposto la sola coabitazione non basta se non siasi compiuto quel termine di un anno dalla celebrazione; nessun altro mezzo poi può valere a sanare tale nullità. Per la mancanza dei testimoni la nullità non può esser coperta nè dal decorso di un anno, nè da qualunque altra prescrizione, nè dalla coabitazione degli sposi, nè da qualsivoglia altro mezzo.

Ma se la *semplice coabitazione* degli sposi non basta, basterà almeno a sanare l'una e l'altra delle accennate due nullità il *possesso di stato conforme all'atto di celebrazione del matrimonio* annullabile? (art. 119, cod. civ.). Di questo punto ci siamo già occupati in precedenza (1). Qui basti ricordare quanto profondamente diversifichi la questione: imperocchè *il possesso di stato* non può essere costituito dal *semplice fatto della coabitazione* tra gli sposi, ma occorre che essi abbiano vissuto pubblicamente come tali, adempiendo i doveri ed esercitando i diritti che nascono dal matrimonio, ed essendo riconosciuti per coniugi legittimi, sia rispettivamente nelle loro famiglie, sia nella società.

§ II. — *Azioni di nullità relativa del matrimonio.*

SOMMARIO. — 160. Richiamo di nozioni precedenti. — 161. *A*) Azione di nullità per *vizi di consenso* dei contraenti - carattere relativo e *personale* di questa azione - questioni pei casi d'incapacità legale del coniuge cui spetterebbe l'azione. — 161 bis. Se l'azione sia trasmissibile agli eredi. — 162. Come tale nullità possa essere sanata mediante ratifica o prescrizione - disposizione speciale dell'art. 106. — 163. *B*) Azione di nullità per causa d'*impotenza* - suo carattere relativo - se e come possa essere sanata mediante ratifica o *prescrizione* - se resti esclusa nel caso d'impotenza *comune* ai due coniugi. — 164. *C*) Azione di nullità per *mancato consenso* dei parenti al matrimonio dei minorenni - a quali persone sia attribuita l'azione. — 165. Come possa rimanere esclusa o sanata. — 166. *D*) Azione di nullità per causa di *interdizione* - a chi competa - come resti sanata.

160. Riferendoci ai concetti già stabiliti, per quanto riguarda la distinzione fra le nullità *assolute* e *relative* del

(1) V. sopra, n. 145, pagg. 564-567.

matrimonio, o più esattamente fra *le azioni assolute* e *le azioni relative* di nullità (1), dobbiamo ricordare altresì che studiando ora le nullità relative, il tema riflette la nullità considerata non nella *causa* che la determina, il che rientra nell'esame delle condizioni e requisiti del matrimonio, ma la nullità stessa considerata nel suo movimento od esercizio, come *azione* di nullità in senso proprio (2); all'oggetto di ricercare a quali persone sia attribuita per legge la facoltà di agire, quali siano i caratteri giuridici delle azioni medesime, quali le circostanze che possono valere di sanatoria del matrimonio con esse attaccato.

Dobbiamo dunque studiare successivamente le regole delle azioni di nullità dipendenti:

a) dai *vizi di consenso* degli sposi;

b) dalla *impotenza* di uno di essi;

c) dalla *mancata autorizzazione* dei parenti agli sposi minorenni;

d) dallo stato di *interdizione* di uno degli sposi (3).

161. *A*) *Azione di nullità per vizi di consenso.* — Dispone intorno a ciò l'art. 105, codice civile così formulato: " Il matrimonio può essere impugnato *da quello degli sposi, del quale non sia stato libero il consenso.* — Quando vi fu *errore nella persona*, l'azione di nullità può essere promossa *da quello degli sposi che fu indotto in errore* „.

A parte le gravi difficoltà che sorgono per determinare la portata e i limiti di questa disposizione, in quanto riflette i vizi di consenso considerati come impedimento dirimente (4); non può negarsi che, anche sotto l'aspetto dell'esercizio dell'azione, il tenore dell'art. 105 rimane troppo laconico, nella enunciazione stessa del concetto suo fondamentale, che cioè l'azione di nullità di cui trattasi è pura-

(1) Cf. sopra, n. 141, pag. 553.
(2) Cf. sopra, n. 140, pag. 549-551.
(3) Cf. sopra, n. 44, pag. 152-154.
(4) Cf. sopra, nn. 68-74, pag. 236-269.

mente *relativa* allo sposo stesso il cui consenso è viziato. E vedremo appresso quale controversia sia perciò sorta circa le conseguenze e le applicazioni di tale relatività. Intanto dobbiamo fermarci prima sul principio, in sè considerato, che la nullità del matrimonio per vizi di consenso di uno dei contraenti è *relativa* soltanto alla parte per la quale il vizio ebbe a verificarsi.

La dottrina è ancora alquanto incerta nello stabilire le ragioni su cui può trovare fondamento razionale questo principio. Portalis, nell'*exposé des motifs*, osservava che la mancanza di libertà del consenso o il vizio dell'errore sono fatti di cui il miglior giudice è la persona stessa che ne fu colpita, e che nessun terzo può aver diritto di sostenere che lo sposo non fu libero e sciente, quando egli assicuri del contrario; che insomma la questione del vizio di consenso è una questione tutta di apprezzamento individuale (1).

Recenti e autorevoli giuristi hanno obbiettato però che una tale considerazione, benchè contenga un lato di vero, non è sufficiente nè decisiva per giustificare il carattere relativo dell'azione in esame; mentre la difficoltà d'apprezzamento ora indicata si presenta anche nei contratti ordinari, e tuttavia in questi non impedisce che terze persone interessate possano provocare l'annullamento del contratto, prevalendosi del vizio di consenso di cui esso sia infetto. Perciò l'uno di essi emise l'idea che l'argomento del Portalis possa essere al più considerato come uno dei motivi concorrenti a spiegare questa massima di legge; l'altro affermò più risolutamente che la vera ragione della legge sta nel nessun interesse della società a che un matrimonio venga annullato per vizio di consenso, mentre l'ordine e la quiete delle famiglie richiede invece che i matrimoni siano mantenuti; da ciò adunque la limitazione dell'azione al principale interessato (2).

A dir vero, sembra che la critica di questi due eminenti

(1) Cf. Locré, *Législat.*, t. II, p. 391.
(2) Cf. Demolombe, III, 257; Laurent, II, 448.

autori lasci luogo a sua volta a nuova critica; perocchè non è del tutto esatto, come essi qui affermano, che nei contratti comuni l'azione di nullità per vizi di consenso non sia *relativa* alla parte stessa che fu vittima. Senza fare una digressione a tale proposito, basti ricordare che anche nei contratti ordinari è massima comune e fondata spettare solo alla parte, il cui consenso fu viziato, il diritto di attaccare il contratto così formato; chè se ciò è dichiarato più esplicitamente rispetto al vizio dipendente da incapacità personale (art. 1107, cod. civ.), è ammesso però implicitamente dall'art. 1300 anche rispetto alla nullità per vizio di consenso (1). Solo quando si tratti non di un semplice vizio che renda imperfetto il consenso, ma di mancanza assoluta del consenso stesso, allora, avendosi un contratto, più che nullo o annullabile, inesistente, si riconosce che la vana apparenza di quel preteso contratto può essere opposta in ogni tempo e da chiunque vi abbia interesse. Ma anche sotto questo aspetto non si riscontra differenza in rapporto alla nullità del matrimonio; qualora si ammetta, come a noi parve doversi ammettere, che l'errore il quale non solo rende viziato, ma esclude e distrugge completamente il consenso — l'errore insomma sulla identità fisica dello sposo — rimanga fuori dal concetto degli art. 105, 106, e fuori dai limiti quivi stabiliti per l'esercizio dell'azione di nullità (2). Per chi invece ritenga che le disposizioni di questi due articoli comprendano anche l'errore che importi mancanza assoluta di consenso (o anzi considerino questo soltanto), resta con ciò una differenza radicale fra i contratti comuni e quello di matrimonio; rispetto al quale verrebbe a sparire la distinzione fra errore causa di inesistenza giuridica ed errore causa di annullamento, e quello sarebbe compenetrato in questo.

---

(1) Cf. Demolombe, XXIX, 78 e 118; Laurent, I, 72; Giorgi, *Teoria delle obbligaz.* (2ª ed.), VIII, 156. — V. anche il vol. I di questo Corso, n. 101, pag. 630.

(2) V. sopra, n. 74, pag. 263-269.

Per parte nostra, diciamo dunque che la riflessione addotta dal Portalis, per giustificare il carattere *relativo* della nullità del matrimonio per vizio di consenso, è fondata e concludente. Qui è questione veramente d'apprezzamento personale, sia quanto alla valutazione intrinseca della gravità originaria del vizio, sia quanto alla convenienza attuale di appigliarsi al partito estremo dell'annullamento del matrimonio. Solo potrà aggiungersi che una tale considerazione acquista forza anche maggiore, in rapporto all'istituto del matrimonio, per l'interesse sociale e famigliare che consiglia ad evitare per quanto sia possibile i gravi danni di un annullamento.

Comunque sia dei motivi, la disposizione della legge è categorica ed assoluta, nel senso che l'azione di nullità sia qui *personale* allo sposo che patì la violenza o fu indotto in errore. Nessun'altra persona potrà dunque esercitarla, in concorso di lui; nè l'altro sposo; nè i creditori del primo (cf. art. 1234, cod. civ.); e nemmeno gli ascendenti di questo, supponendo pure che lo sposo medesimo fosse stato soggetto, per ragione della età sua, all'autorità di essi per la conclusione del matrimonio (1). A convincersi dell'esattezza di questa proposizione (nelle diverse applicazioni ora indicatene), oltre il testo preciso dell'art. 105, concorre altresì la considerazione dello strano ed insolubile conflitto a cui farebbesi luogo, qualora fossero ammesse terze persone ad attaccare, per causa di un vizio di consenso, quel matrimonio che lo sposo, il quale se ne pretenderebbe vittima, intendesse invece di rispettare.

Questo carattere relativo o personale della nullità in esame implica necessariamente che l'azione non possa essere esercitata *per rappresentanza* dello sposo a cui l'azione

(1) Qualora però, in quest'ultima ipotesi, il matrimonio fosse stato celebrato senza le autorizzazioni prescritte dagli art. 63-66, s'intende che concorrendo qui una doppia causa di nullità, quella per difetto di formalità abilitanti, e quella per vizio di consenso, il matrimonio potrebbe essere impugnato, in ragione della prima, anche dei parenti, secondo il disposto dell'art. 108. — Cf. in appresso, n. 164.

compete, almeno durante la vita di lui. Dal che derivano conseguenze gravi e delicate, nei vari casi in cui lo sposo, cui spetterebbe l'azione, si trovi in istato di *incapacità* civile o di capacità imperfetta. Così:

a) Se lo sposo che voglia agire, a senso dell'art. 105, cod. civ., si trovi *interdetto* giudizialmente, per infermità di mente (art. 324, 329, cod. civ.), è certo che il tutore delegatogli non avrà veste nè facoltà per esercitare l'azione in vece e luogo di lui; ostando appunto a ciò l'indole essenzialmente personale dell'azione medesima. Che poi, di fronte a ciò, abbia o meno il coniuge interdetto facoltà di proporre egli stesso l'azione (supposto che nel momento di esercitarla egli goda almeno la capacità naturale, avendo ricuperata in modo non dubbio la sanità di mente), è cosa che può essere disputata. Tale disputa estendevasi anzi, in Francia, alla facoltà stessa di contrarre matrimonio, mentre per noi è, rispetto a questo, risoluta saggiamente dagli articoli 61 e 112, cod. civ. (1). Ma potrà almeno lo sposo che sia caduto in istato di interdizione giudiziale impugnare, per vizio di consenso, il matrimonio da lui precedentemente contratto: supposto, ripetiamo, che la infermità mentale sia cessata, benchè non sia stata revocata ancora la sentenza d'interdizione? A primo aspetto, si direbbe strana perfino la domanda; poichè è massima generale che soltanto le persone munite di capacità giuridica possono comparire in giudizio. Tuttavia, siccome l'art. 36 § 2, codice proc. civ. si limita a dichiarare che “ Le persone che non “ hanno il libero esercizio dei loro diritti devono essere “ rappresentate, assistite od autorizzate, *a norma delle leggi* “ *che regolano il loro stato e la loro capacità* „; così la legge di procedura non dice nulla di definitivo pel caso proposto, limitandosi essa ad un rinvio alle norme del codice civile. Ora, se è vero (come dimostreremo appresso, n. 166), che quando il matrimonio sia impugnabile per causa di inter-

(1) Cf. sopra, n. 89, p. 338 e seg.

dizione sussistente al tempo della sua celebrazione, l'articolo 112 del nostro codice autorizza l'*interdetto medesimo* a proporne la nullità, senza esigere che sia stata frattanto revocata la sentenza d'interdizione; bisogna riconoscere che nel caso attuale, trattandosi di impugnare il matrimonio per vizio di consenso, vi è una evidente ragione *a fortiori* di applicare il criterio sancito nell'art. 112; mentre, se la nullità del matrimonio dipenda dallo stato d'interdizione, è concesso ad altre persone, oltrechè allo sposo, di promuovere il giudizio di annullamento; se invece, come nel caso nostro, la nullità del matrimonio dipenda da vizio di consenso, qualora si negasse facoltà di agire allo sposo stesso, per la circostanza che egli si trovi attualmente in istato di interdizione, nessun'altra persona potrebbe per lui far valere tale nullità (art. 105), finchè la interdizione non si trovi giudizialmente revocata. E come dunque si potrebbe giustificare che la legge volesse facilitare all'interdetto in persona l'esercizio dell'azione di nullità, nel caso in cui questa può farsi valere per mezzo di rappresentanti, e volesse negargli questa facilitazione laddove la rappresentanza è impossibile?

b) Più semplice ci sembra ora il dubbio che, per l'applicazione dell'art. 105, cod. civ., può affacciarsi nel caso che il coniuge a cui competerebbe l'azione, si trovi *interdetto legalmente*, a seguito di condanna penale (art. 33, cod. civ.). Egli è chiaro infatti che la soluzione ora indicata rispetto all'interdetto per infermità mentale, riesce tanto più applicabile all'interdetto per condanna penale; dappoichè il primo versa in uno stato d'incapacità civile, la quale è basata sopra una presunzione di incapacità naturale, il secondo è colpito invece da una incapacità puramente civile; e mentre poi il primo è dichiarato dalla legge incapace a contrarre matrimonio (art. 61), incapacità che già vedemmo non potersi estendere al secondo (1). Se

(1) V. sopra, n. 89, p. 341-342.

dunque l'interdetto per infermità mentale deve tuttavia ritenersi autorizzato a chiedere la nullità del suo matrimonio, a maggior ragione deve ciò essere concesso all'interdetto per condanna penale.

c) Un dubbio abbastanza imbarazzante può sorgere invece riguardo all'*inabilitato*. Dal punto di vista logico, e per quanto concerne l'azione di nullità del matrimonio ammessa coll'art. 105, dovrebbe dirsi indubitabile che valgano per l'inabilitato le deduzioni sopra accennate riguardo all'interdetto; nel senso che ritenendosi possibile per questo l'esercizio personale di tale azione, tanto più ciò sia da ammettere riguardo a chi è soltanto inabilitato; mentre anzi la incapacità parziale di cui questi è colpito e la necessità entro certi limiti dell'assistenza di un curatore riguardano, per principio, la gestione del patrimonio e non lo stato personale dell'inabilitato. Malgrado ciò, la dottrina può dirsi concorde nella massima che la proibizione per l'inabilitato di “ *stare in giudizio* „ (art. 513, codice Francese; art. 339, codice Italiano) sia una proibizione assoluta, applicabile indistintamente alle azioni relative ai beni ed a quelle di stato; riconoscendo bensì che v'è in questo una incoerenza logica, ma ritenendola inevitabile per l'autorità letterale della legge (1). A noi repugna per verità di accogliere una simile conclusione. Senza poter discutere a fondo, per incidenza, questo punto, diciamo soltanto che il criterio della interpretazione letterale non può escludere quello della interpretazione logica (cf. art. 3, Disposizioni preliminari, codice civile Italiano); e che l'adagio “ *ubi lex non distinguit ecc.* „ non ha valore così assoluto da impedire quelle distinzioni o limitazioni le quali, sebbene non dichiarate colla lettera d'un testo, stanno però nella ragione intrinseca delle cose e nel concetto medesimo della legge (2).

---

(1) Cf. Demolombe, VIII, 724; Aubry et Rau, § 140, nª 3; Laurent, V, 361; Pacifici-Mazzoni, *Istit.* (2ª ed.), I, 415. — Borsari, *Comm.*, art. 339; Ricci. *Dir. civ.*, 2ª ediz., I, p. 2ª, n. 321, e Giorgi, *Teoria delle obbl.* (3ª ediz.), III, 91-97, non si pronunciano sulla questione.

(2) V. anche il vol. I di questo Corso, n. 133, pag. 981-983; V. lo stesso

Ora le considerazioni che tosto esporremo, per la ipotesi analoga del minore emancipato, ci sembrano sufficienti per concludere che nell'esercizio dell'azione di nullità di cui all'art. 105, cod. civ., si debba riconoscere all'inabilitato medesimo la facoltà di promuoverla, anche senza l'assistenza del curatore, in considerazione del carattere essenzialmente personale dell'azione medesima.

d) Infine, nell'ipotesi che lo sposo cui spetta di impugnare il matrimonio per vizio di consenso si trovi in età minore, e cioè sia minorenne *emancipato* di diritto per effetto del matrimonio stesso (art. 310, cod. civ.), diremo pure che egli ha facoltà di esercitare l'azione, senza bisogno di essere assistito dal curatore. — Anche su ciò incontransi veramente incertezze e contrasti. Non si dubita però che lo sposo minore di età possa esercitare l'azione di cui all'art. 105, mediante l'assistenza del curatore; poichè nella discussione del corrispondente art. 180, cod. Franc., fu soppressa precisamente una disposizione aggiuntiva che restringeva la facoltà di intentare questa azione allo sposo maggiorenne; nè, d'altro lato, può fare ostacolo la circostanza che impugnando il suo matrimonio, lo sposo venga così ad attaccare la base stessa della sua emancipazione, perocchè è chiaro che al tempo in cui egli intenti l'azione, la condizione e la capacità sua va considerata secondo lo stato suo presente, e non secondo l'effetto futuro ed incerto del giudizio di annullamento. Ma la generalità degli scrittori ritiene almeno che l'assistenza del curatore, se è *sufficiente*, sia però anche *necessaria*, acciò lo sposo minore possa impugnare di nullità il suo matrimonio; muovendo sostanzialmente dal concetto che, avendo la legge ritenuto inabile l'emancipato a compiere da solo gli atti che contengano alienazione di beni (art. 482-484, codice Franc.; art. 319, cod. Ital.), sarebbe illogico ritenerlo

---

Laurent, V, 308; VIII, 323; XXVIII, 526; XXXII, 435; dove egli pure ammette che " talvolta i principî obbligano l'interprete a distinguere, sebbene non distingua la lettera della legge ".

capace per le azioni concernenti lo stato suo personale, che sono infinitamente più importanti di quelli (1).

E a ciò sembra pure corrispondere l'art. 318, cod. civile ital., quando ci dice che " *il minore emancipato può con l'as-* " *sistenza del curatore... stare in giudizio sia come attore,* " *sia come convenuto* „ (2).

Senza dissimulare la gravità di queste considerazioni, ci sembra tuttavia preferibile la soluzione contraria. Dal momento infatti che il minore emancipato è posto in istato di curatela, e che la cura riguarda in massima i beni e non la persona di chi vi è sottoposto, sembra logico indurne che il disposto dell'art. 318 in fine, per quanto assoluto possa letteralmente apparire, debba però interpretarsi *pro subjecta materia*, cioè non estendersi al di là dei confini a cui l'istituto medesimo della cura è rivolto. Nè può ritenersi insuperabile l'obbiezione che, se la legge richiede l'assistenza del curatore per l'esercizio di azioni relative ad interessi pecuniari, debba ciò tanto più richiedersi per le azioni concernenti interessi morali, più importanti e delicati di quelli; poichè, come si osservò con ragione (3), non è in riguardo alla maggiore o minore importanza degli interessi, ma in ragione della loro indole e natura che la volontà dell'emancipato può essere dalla legge subordinata a quella del curatore.

Più decisiva ancora ci sembra la considerazione che l'intervento del curatore, trattandosi di valutazioni intime e personali, come sono quelle che riflettono lo stato di un individuo, non può nemmeno raggiungere lo scopo a cui l'intervento stesso è preordinato; sicchè, ove si ritenga inabile l'emancipato ad agire da solo, scarso ed inadeguato sussidio si ricaverà dalla approvazione del curatore, cioè

---

(1) Aubry et Rau, § 130, 1°; § 133, 6°; § 462, n° 16; Demolombe, III, 260, e VIII, 311-312; Laurent, V, 227.

(2) Cf. Pacifici-Mazzoni, *Istit.* (2ª ed.), I, 389; e la 1ª ediz., I, 389; e la 1ª ediz. di questo Corso, II, 77 in fine.

(3) Ricci, *Corso di dir. civ.* (2ª ediz.), I, parte 2ª, n. 278.

dal *concorso* di una volontà estranea colla volontà ritenuta insufficiente dell'interessato; e allora diventerebbe forse più logico il concludere che il compimento di quell'atto fosse escluso senz'altro da parte dell'emancipato. — Si aggiunga infine, per quanto riguarda il diritto positivo nostro, che la soluzione contenuta nell'art. 112, pel caso del matrimonio contratto dall'interdetto, e colla quale si autorizza l'interdetto medesimo ad agire per la dichiarazione di nullità, non può che prestare un argomento di conferma per l'accoglimento della tesi nostra.

161 *bis*. Ma il carattere relativo di questa azione avrà ancora per conseguenza che essa non sia esercibile dagli *eredi* dello sposo a cui competeva? È questo un punto grave e fortemente contrastato; appunto perchè l'essere un'azione *relativa* per legge a determinate persone, non basta — in tesi generale — per farla riguardare come *strettamente* personale e quindi intrasmissibile agli eredi; il che è dimostrato con tutta evidenza dagli articoli 1107 e 1301 combinati. Laonde, anche in ordine all'azione che è regolata coll'art. 105, resta a discutere se gli eredi che subentrano, come successori a titolo universale, nel *patrimonio* del defunto, subentrino a lui anche nell'azione medesima; in altri termini se questa azione sia da riguardare come d'ordine esclusivamente morale, o possa assumere anche un carattere patrimoniale.

Ciò basta intanto a mostrare come cadano in una pura e semplice petizione di principio quelli scrittori che, per risolvere il quesito in senso negativo, dànno come decisiva la proposizione che l'azione di nullità in parola non è trasmissibile ereditariamente, perchè essa costituisce un diritto essenzialmente morale, che cessa colla morte della persona (1). Ciò potrà anche esser vero; ma è quello

(1) Laurent, II, 449-450; seguìto da Ricci, *Dir. civ.* (2ª ediz.), I, 300.
Non meno insufficiente è la ragione addotta dal Pacifici-Mazzoni, *Istit.* (2ª ed.), I, 175, che dice essere l'azione di nullità del matrimonio per vizio

precisamente di cui si ricerca e si vuole la dimostrazione.

La questione pertanto consiste nel determinare se l'indole e il fondamento di questa azione si attengano esclusivamente all'ordine morale e *alla persona* stessa del coniuge, così da non poterla concepire inoltre come *mezzo di tutela del patrimonio* di lui, a favore di coloro che, raccogliendo questo patrimonio, continuano la persona del coniuge medesimo.

L'opinione comune risolve la difficoltà, distinguendo tra la facoltà negli eredi di *intentare* l'azione di nullità, e quella di *proseguirla*, quando sia stata promossa dal coniuge e rimasta in sospeso colla morte di lui. Si nega la prima, in quanto si ritiene che il dar moto a tale azione sia cosa riservata, nel concetto della legge, all'apprezzamento e al sentimento individuale del coniuge. Si concede la seconda, pel riflesso che, promossa l'azione dal coniuge, questi ha manifestato in modo fermo e solenne il giudizio suo sulla gravità del vizio di consenso da lui patito, e il proposito di fare annullare il matrimonio; che quindi la azione iniziata fa parte oramai del suo patrimonio, e passa agli eredi; invocandosi la sentenza antica " *Omnes actiones* " *quae morte aut tempore pereunt, semel inclusae in judicio* " *salvae permanent* „ (L. 139, Dig. *De reg. jur.*) (1).

Una seconda opinione respinge indistintamente e in amendue gli aspetti indicati la facoltà degli eredi di sostenere l'azione in parola, basandosi più fortemente sul con-

---

di consenso fondata sopra un interesse *principalmente* morale, e perciò intrasmissibile agli eredi. Criterio vago e indeterminato, che lascia insoluto il punto: se la natura e la *entità* dei diritti pecuniari (di successione, alimenti, ecc.) che dipendono dalla validità del matrimonio, siano tali da autorizzare o no coloro che succedono nel patrimonio del defunto ad esercitare l'azione in rappresentanza di lui.

(1) Cf. DURANTON, II, 261; DEMANTE, I, 262 *bis*, 5; DEMOLOMBE, III, 259; AUBRY et RAU, § 462, nª 15; PACIFICI-MAZZONI, *Istit.* (2ª ediz.), I, 175; BORSARI, *Comm.*, art. 105, § 285, in fine; BUNIVA, *Dir. delle persone*, I, p. 216; DE-FILIPPIS, *Dir. civ.*, IX, 120.

cetto pel quale l'opinione prima indicata nega pure che gli eredi possano iniziare l'azione (1).

Infine una terza soluzione, in senso affatto opposto, ammette che gli eredi possano sia continuare, sia intentare l'azione di nullità; considerando che il testo dell'art. 105 dice che il matrimonio viziato nel consenso può essere impugnato *dal coniuge*, ma non dice però *soltanto* dal coniuge; e argomentando poi che i principii generali di diritto (a cui devesi ricorrere per supplire a questo silenzio del testo) non facciano ostacolo all'esercizio di tale azione da parte degli eredi, dal momento che questi possono avere interessi legittimi dipendenti dalla effettiva invalidità di quel matrimonio, interessi a cui non deve precludersi una via legale di tutela, mentre forse il coniuge non ha esercitata l'azione, unicamente per essere stato nella impossibilità di esercitarla, per essere morto poco tempo dopo il matrimonio, prima di avere scoperto l'errore o ricuperata la sua libertà; nel qual caso, negando l'azione agli eredi, non si creerebbe che un fortuito ed ingiusto lucro alla parte contraria (2).

a) Dovendo scegliere fra queste diverse teorie, diremo che quella accolta dalla maggioranza degli scrittori — malgrado la facile attrattiva che di solito presentano le dottrine di temperamento — non sembra in realtà corrispondere ai principii di ragione. La stessa base che essa va cercando nelle massime di diritto romano, serve a dimostrare, se non erriamo, che riesce arbitrario il distinguere fra azione da iniziare e azione da proseguire per parte degli eredi. Demolombe stesso (uno dei più valenti fautori di questa dottrina) riconobbe per primo che qui l'autorità della legge romana non può aver grande influenza; perocchè la regola “ *Actiones quae morte pereunt, semel*

(1) Marcadé, art. 180, t. I, n. 642-643; Laurent (loc. cit.); Saredo, *Tratt. di dir. civ.*, I, 176; Ricci (loc. cit.); avv. Granatelli, nota nel *Fôro ital.* (V, 771); Corte di Catania, 1° giugno 1882 (*Fôro ital.*, VII, 236).

(2) V. la prima edizione di questo Corso, II, 77.

“ *inclusae in judicio salvae permanent* „ (1) era collegata al sistema romano secondo cui la *litis contestatio* produceva una specie di novazione, di guisa che il convenuto cessava di essere tenuto per il titolo primitivo della domanda, e diveniva obbligato per quello emergente dalla contestazione di lite (2). — Ora la domanda giudiziale non produce più un simile effetto nel diritto odierno; dove non si parla più di novazione o di azione consumata mediante la contestazione di lite; l'unico effetto della quale è di determinare e fissare l'*oggetto* della controversia, sia rispetto al giudice, sia rispetto alle parti. Dal che segue che la instaurazione della domanda giudiziale può bensì portare un cambiamento sulla sorte dell'azione che ne è oggetto; ma solo per quanto riguarda *la durata* dell'azione, in quanto che rimane colla domanda interrotta la prescrizione; non già per quanto riflette *la natura* e il carattere dell'azione medesima, la quale rimane dopo l'istanza quella che era in antecedenza (3).

Ciò posto, se l'azione di nullità di cui all'art. 105, codice civile, è un'azione riservata al sentimento ed apprezzamento individuale, sarebbe falso il supporre che, per averla il coniuge dedotta in giudizio, l'azione abbia assunto, in mano del coniuge medesimo, un carattere nuovo e diverso da quello che aveva prima della domanda. All'opposto, rispetto al coniuge e durante la vita di lui, l'azione mantiene inalterata la sua indole, restando di esclusiva competenza di lui; tanto vero che, fino al momento in cui non sia intervenuta una sentenza irretrattabile, colla quale il matrimonio impugnato cessi di esistere, nessuno penserebbe di negare al coniuge l'arbitrio esclusivo e libero di

---

(1) Cf. L. 26, D. *de obl. et act.* “ *Omnes poenales actiones, post litem incohatam, et ad heredes transeunt* „.

(2) “ *Tollitur adhuc obligatio litis contestatione... Nam tunc obligatio principalis dissolvitur; incipit autem teneri reus litis contestatione* „ (Gaio, *Comm.*, III, § 180).

V. anche L. 29, D. *de novat.*; L. 28, D. *de injuriis.*

(3) V. Demolombe, loc. cit.

portare innanzi il giudizio o di desisterne! — Se dunque una trasformazione intima dell'azione intentata fosse possibile, dipenderebbe *non già dal fatto che il coniuge abbia dedotta l'azione in giudizio, ma dal fatto posteriore del succedere gli eredi nel patrimonio di lui.*

Ciò stesso dimostra in pari tempo essere inconcludente l'argomentazione (fondamentale nella dottrina che combattiamo) per la quale si dice che il coniuge, intentando l'azione ha con ciò solennemente affermato il suo giudizio e il suo proposito circa l'annullamento del patrimonio; che, in altri termini, *il lato personale* dell'azione, quello riservato alla determinazione individuale del coniuge, trovasi compiuto ed esaurito col fatto stesso della domanda da lui promossa; sicchè l'azione di nullità, messa così allo scoperto, diventa anch'essa un elemento del suo patrimonio, in quanto possa servire anche a scopi pecuniari (1).

A noi sembra potersi qui rispondere con evidente ragione, che l'avere il coniuge promosso l'azione, non crea una posizione definitiva ed *acquisita*, finchè non sia esaurito il giudizio; mentre, prima della sentenza, solo al coniuge è riservato di persistere nella sua domanda o di abbandonarla. E in conseguenza, se si nega che gli eredi, in tale qualità, abbiano veste e titolo per dar moto all'azione, l'ostacolo rimane identico per essi anche quanto al poter proseguire l'azione iniziata, ma non condotta a termine, dal coniuge; giacchè, anche in questo secondo caso, essi non farebbero che sostituire il proprio criterio a quello del coniuge; ciò che, nella opinione ora esaminata, si ritiene inammissibile.

Nè, infine, può essere accettato l'argomento di analogia che la dottrina comune crede poter desumere da ciò che la legge dispone circa l'azione in disconoscimento di paternità (art. 167), circa l'azione in reclamazione di stato (art. 178), e circa quella di revoca delle donazioni per

(1) V. specialmente Demolombe, loc. cit.

ingratitudine (art. 1082, § 2); nei quali casi è ammesso espressamente, sotto certe condizioni, che gli eredi possano proseguire l'azione promossa dal defunto, benchè siano pur queste, fondamentalmente, azioni di carattere personale. — Ma pur qui fu osservato con ragione che se da tali disposizioni di legge potesse trarsi veramente un argomento di analogia, questo varrebbe a giustificare non la opinione prevalente che distingue tra l'intentare e il proseguire l'azione, ma l'altra opinione che ammette la trasmissibilità assoluta dell'azione in esame, sia stata o no promossa dal coniuge defunto. È notevole infatti che nei predetti articoli 167, 178, 1082, la legge riconosce agli eredi non solo il diritto di continuare, ma quello altresì di iniziare l'azione; di guisa che quello non è che una conseguenza di questo (1). Epperò nessun sussidio questi articoli possono recare alla dottrina che, all'incontro trova inammissibile per gli eredi la facoltà di iniziare l'azione, pure ammettendone per essi il proseguimento.

Non crederemmo però concludente ed esatta, su questo punto, la risposta che si è data da taluni seguaci dell'opinione negativa; i quali, onde spiegare la trasmissibilità agli eredi delle azioni per disconoscimento di paternità (art. 167), e per reclamo di stato (art. 178), e per stabilire una differenza tra queste e l'azione di cui all'art. 105, dissero che le prime non sono considerate dalla legge come azioni puramente morali, perchè *vi sono commisti interessi pecuniari* (2). Sotto questo punto di vista, pare facile il persuadersi che altrettanto potrebbe dirsi anche in ordine allo annullamento del matrimonio per vizio di consenso; soprattutto per i diritti di successione che dalla validità di esso possono dipendere, e per ragione dei quali potrebbe dirsi

(1) Ciò anche rispetto alla revoca delle donazioni per ingratitudine rispetto alla quale l'art. 1082 lascia luogo a dubbii, non per la esercibilità dell'azione *da parte degli eredi del donante*, ma solo per la sua esercibilità *contro gli eredi del donatario;* il che non ha rapporto col tema attuale.

(2) Laurent, II, 450; Corte di Catania, sentenza citata.

dunque, col medesimo criterio, che l'azione di nullità non è di carattere esclusivamente morale. Si ritorna qui insomma all'equivoco di credere che si possa escludere, senza esame, la possibilità di un rapporto fra l'azione di cui si discute e i diritti di ordine patrimoniali. — Ma a parte pur ciò, resta vero che inutilmente si pretende nella opinione dominante di risolvere la difficoltà, negando agli eredi la facoltà di intentare e riconoscendo loro quella di proseguire la azione; le osservazioni precedenti dimostrando come sia insufficiente il fondamento di questa distinzione.

b) Ristretto ora il campo della disputa alle due soluzioni estreme, l'una assolutamente negativa, l'altra affermativa, occorre dunque verificare per prima cosa quale attinenza possa avere una questione di stato personale col patrimonio della persona, a cui quello stato compete, per gli effetti della trasmissione ereditaria. Su questo grave tema avemmo altra volta occasione di manifestare le nostre idee, studiando il quesito, almeno in parte analogo, che riguarda la trasmissibilità agli eredi dell'azione diretta a reclamare lo stato di *filiazione naturale;* sul quale punto si dubita se debbasi applicare per criterio di analogia, o non piuttosto escludere, per argomento *a contrario*, il disposto dell'art. 178, codice civile. — E concludemmo allora che gli eredi del figlio naturale non possano reclamare lo stato *come diritto* d'ordine *morale*, ma possano però farlo valere *come fondamento e mezzo di un diritto pecuniario appartenente alla eredità di lui;* che, in altri termini, gli eredi del figlio dovrebbero essere respinti, se pretendessero reclamare lo stato personale che gli sarebbe appartenuto, senza fondare l'azione sopra un diritto pecuniario facente parte del patrimonio in cui sono succeduti; ma nel caso opposto, la loro domanda dovrebbe essere accolta (1).

(1) V. la 1ª ediz. di questo Corso, t. III, n. 128, p. 798-807.
In senso conforme, Cassaz. di Napoli, 16 dicembre 1875 (*Annali*, 1876, 1, 582); Cassaz. di Torino, 26 luglio 1883 (*ivi*, 1883, 1, 439); Corte di Lucca,

Senza ripetere qui gli argomenti sui quali ci parve basata quella soluzione, noteremo ora che in riguardo all'azione di nullità del matrimonio per vizio di consenso — finchè si guardi soltanto al suo carattere generico di azione di stato personale, e quindi d'ordine principalmente morale — non vi sarebbe ragione, teoricamente, per adottare un diverso criterio. E di conseguenza sarebbe da concludere (ponendo la questione in senso alquanto diverso da quello in cui fu sinora discussa) che agli eredi del coniuge potrà trasmettersi l'azione di nullità, non in quanto azione di stato — sola e di per sè stante —, ma in quanto possa servire di mezzo per la petizione di eredità o per altri diritti di carattere pecuniario; proponendo dunque essi l'azione ereditaria, e *allegando* incidentemente il punto della validità o meno del matrimonio, come elemento dimostrativo della domanda pecuniaria da essi accampata.

Se infatti si volesse sostenere la cosa sotto il primo e più assoluto dei due aspetti ora indicati, si incontrerebbero gravi e in realtà non sormontabili ostacoli. Perocchè allora si dovrebbe riflettere: — 1° che l'azione di nullità disciplinata nell'art. 105 riposa effettivamente sopra una base di sentimento ed apprezzamento individuale del coniuge il cui consenso fu viziato, sicchè dipende dalla *volontà* di lui il rendere operativa la causa stessa della nullità ; — 2° che non può pertanto, in questo rapporto, aver valore l'idea della *unità e continuità di persona* fra il defunto e l'erede; poichè questa identità di persona sta soltanto in senso giuridico e fittizio, mentre il disposto dell'art. 105, secondo i motivi suoi, si riferisce alla persona del coniuge in senso fisico o naturale; — 3° che, ammessi gli eredi ad esercitare l'azione di nullità in luogo del coniuge, la posizione naturale delle cose rimarrebbe alterata, poichè essi non sentirebbero che lo stimolo dell'interesse da cui sono

---

17 febbraio 1887 (*Fôro ital.*, XII, 1, 564); Corte di Bologna, 26 ottobre 1888 (*ivi*, XIV, 1, 646); Gabba, nota nel *Fôro ital.*, XV, 1, 801. In senso contrario, Cassaz. di Roma, 15 marzo 1890 (*ivi*).

spinti a conseguire la dichiarazione di nullità, mentre sul coniuge avrebbero influito, in contrapposto, altri sentimenti di carattere diverso e più delicato; — 4° che le azioni di nullità del matrimonio hanno questo di caratteristico e di speciale, che esse rimangono sotto ogni rapporto nel dominio esclusivo della legge positiva, di guisa che le disposizioni di legge ad esse relative sono necessariamente *tassative*, ossia di stretta interpretazione (1): epperciò l'art. 105 (per la natura stessa della disposizione in esso racchiusa) contiene il divieto implicito ma sicuro di estendere l'azione a persone diverse da quella nominatamente contemplata, a persone diverse *dal coniuge;* — 5° che ciò si rafforza anche più, osservando come altrove, parlando delle azioni relative di nullità nei contratti comuni, rispetto alle donne maritate, ai minori, agli interdetti, agli inabilitati, la legge abbia avuto cura di ripetere parecchie volte la dichiarazione esplicita che la nullità può essere opposta soltanto dalla persona incapace *e dai suoi eredi od aventi causa* (art. 137, 227, 322, 335, 341); mentre l'art. 105 dice semplicemente che la nullità del matrimonio per vizio di consenso può essere opposta dal coniuge, e non aggiunge da chi altri.

Ma tutte queste obbiezioni (che abbiamo creduto debito nostro di porre in rilievo) valgono precisamente, finchè si domandi se gli eredi del coniuge possano esercitare l'azione di nullità, *come azione vera di stato*, facendone l'oggetto principale e diretto della loro domanda; e in questo senso

---

(1) Cf. sopra, n. 143, pag. 555-557.

Osserva però il Laurent (II, 449) che l'unico significato di questo principio consiste nel rendere *relativa* l'azione, senza implicare perciò che essa sia, inoltre, strettamente *personale*, cioè non trasmissibile agli eredi.

A noi sembra che così non si faccia completa ragione dell'indole rigorosa delle disposizioni che governano le nullità del matrimonio. Il non potersi estendere l'azione a *terzi* è già una conseguenza della sola *presenza* dell'art. 105, indipendentemente dal carattere suo restrittivo. Se questo carattere esiste, come non si può negare, esso deve significare appunto il divieto di concedere l'azione a persone diverse da quelle individualmente designate, siano anche non terzi, ma gli eredi medesimi dello sposo.

riconosciamo dunque essere inevitabile la soluzione negativa.

Ben diversa però si presenta la questione, qualora gli eredi del coniuge, reclamando i diritti pecuniari loro competenti in questa qualità, chieggano che il punto della invalidità del matrimonio sia non *risoluto* giudizialmente, ma *valutato* in relazione ai diritti patrimoniali che sono oggetto della lite (1). Allora tutti i caratteri sopra indicati dell'azione di nullità del matrimonio rimangono indifferenti, nè vengono compromessi; giacchè non è questa propriamente l'azione che gli eredi chiedono di far valere, ma bensì un'azione di carattere e di oggetto pecuniario, quantunque connessa, fra i varii suoi mezzi ed elementi, ad una questione di stato. E allora sottentrano, in senso opposto, altre gravi considerazioni, in appoggio all'insegnamento del diritto romano; principalmente queste:

Che i diritti patrimoniali hanno dinanzi alla legge altrettanta ragione di essere tutelati, quanto i diritti di ordine meramente morale;

Che pertanto se avvenga, come nel caso attuale, che un diritto ereditario si trovi collegato nella sua base ad una posizione di stato personale, non dobbiamo appagarci del facile espediente di subordinare e sacrificare quello a questa, adducendo l'idea generica di una *preminenza* di questa, o la massima che l'*accessorio* segue le sorti del *principale* (2); poichè con ciò resterebbero troppo leggermente disconosciuti ed offesi i diritti patrimoniali competenti ad un

---

(1) Concetto antico questo, posto nel noto frammento di Ulpiano: “Si “pater neget filium, idcircoque alere se non debere contendat... *summatim* “*judices oportet super ea re cognoscere*... Et si pronunciaverint ali oportere, “attamen eam rem praejudicium non facere veritati: nec enim hoc pronun- “ciatur, *filium esse, sed ali debere*” (L. 5, § 8, 9, D. *de agnosc.*, lib. XXV, 3). Cf. L. 1, Cod. *de ord. jud.* (III, 8): “...Pertinet enim ad officium judicis, “qui de hereditate cognoscit, *universam incidentem quaestionem* quae in “judicio devocatur, *examinare:* quoniam *non de ea*, *sed de hereditate* “*pronunciat*”.

(2) Cf. la succitata sentenza della Cassazione di Roma, 15 marzo 1890.

individuo, solo perchè si trovano connessi ad una questione di stato personale;

Che invece il mezzo legale per conciliare il rispetto dovuto alla esclusività di quella posizione personale, col soddisfacimento delle ragioni patrimoniali altrui, esiste; ed è quello di ammettere gli eredi del coniuge a dedurre in giudizio la domanda dei diritti che reclamano, in tale qualità, discutendo anche il punto della validità o nullità del matrimonio, non perchè questo punto venga *deciso* nella sentenza, ma perchè venga *esaminato* come argomento o come ostacolo alla domanda pecuniaria, che è il solo oggetto della loro azione (ut judex de ea re *cognoscat*, non enim ut *pronunciet*);

Che infine l'applicazione di questo criterio si rende tanto più necessaria nel caso attuale, in quanto che (come già fu notato) potrebbe non difficilmente avvenire che l'inazione del coniuge fosse derivata, anzichè da vero proposito, da circostanze estranee alla sua volontà, perchè, morto poco dopo la celebrazione del matrimonio, egli non avesse scoperto ancora il proprio errore, o non avesse riacquistata la sua libertà; nel qual caso riuscirebbe doppiamente ingiusto il sacrificare le ragioni di alcuni eredi, a profitto di altri, sulla base di un matrimonio ritenuto valido, ma in realtà viziato, e che il coniuge, ove ne avesse avuto agio, non avrebbe mancato di impugnare.

Pur tuttavia — anche ristretta la tesi a quella di un esame incidentale, provocabile dagli eredi, della nullità di un matrimonio per vizio di consenso — non è da negarsi che considerazioni abbastanza forti possano ancora essere addotte per la soluzione negativa. La obbiezione fondamentale desunta dalla indole speciale di questa azione, che si fonda essenzialmente sull'apprezzamento individuale del coniuge, non cessa del tutto di essere opponibile alla esercibilità dell'azione per parte degli eredi, anche nel senso più limitato dianzi esposto. È infatti questa un'azione tutta speciale di nullità: perocchè rispetto alle altre, anche

quando siano relative a persone determinate, la volontà di queste persone si esplica soltanto nel potere che esse hanno di esercitare o non esercitare *l'azione* per l'annullamento, mentre in quei casi *la causa* che infirma il matrimonio, esiste all'infuori di tale volontà, ed è certa in sè medesima; qui invece, tutto è rimesso al sentimento individuale del coniuge, e per quanto riflette la convenienza di esercitare l'azione, e per quanto riflette la valutazione stessa di ciò che costituirebbe la causa intima della invalidità del matrimonio. — Vero è che altre azioni di stato somiglianti, in certo senso, a questa, cioè quelle per disconoscimento di paternità e quella per reclamazione di stato legittimo, sono tuttavia trasmissibili agli *eredi* siano o non siano parenti del defunto (art. 167, 178); il che implica che la legge ammette potere tali azioni *trasformarsi*, cessando di avere un carattere morale, per divenire in mano agli eredi azioni di carattere patrimoniale soltanto. Ma a prescindere da altre particolari differenze fra queste due azioni e quella di cui parla l'art. 105, è pur facile il riconoscere che nelle prime due trattasi sostanzialmente di rintracciare la verità di un fatto, e chi esercita l'azione correlativa si propone appunto di accertare cogli appropriati mezzi di prova l'esistenza del fatto medesimo; rispetto invece alla nullità del matrimonio per vizio di consenso, dipende dal coniuge il *volere* che il matrimonio si annulli o si conservi, cioè *il dar moto alla causa stessa della nullità*. Non dovrà dunque dirsi che colla morte del coniuge viene a mancare quella volontà individuale che sola avrebbe potuto decidere *sulla entità del vizio* di cui il matrimonio era infetto, e che nella valutazione di questo vizio non può sostituirsi nè equivalere alla determinazione del coniuge quella degli eredi di lui? O in altri termini, che il sollevare, comecchessia, la questione di nullità di un matrimonio per vizio di consenso, costituisce uno di quegli atti *strettamente* personali, i quali non possono essere che una emanazione esclusiva e diretta della volontà della persona?

Infine potrebbe ancora essere obbiettato che il temperamento, insegnato dal diritto romano, di autorizzare in casi simili le parti ed il giudice a delibare un punto di fatto e di diritto, il quale non potrebbe per esse venire definitivamente deciso, che insomma la accennata distinzione fra il *cognoscere* e il *pronunciare*, fra il proporre una questione di stato come oggetto dell'azione, e il proporla solo come mezzo e fondamento di una domanda pecuniaria, non risolve completamente la difficoltà attuale. Questa dottrina infatti riposa, in ultimo, sul concetto che la sentenza in tal modo emanata non avrebbe autorità di cosa giudicata sulla questione di stato incidentalmente esaminata; in quanto che il punto ad essa relativo sarebbe compreso nei *motivi* e non nel *dispositivo* della sentenza. Ora neppure questo concetto ha un valore semplice ed assoluto. Senza potere qui approfondire le ardue teorie relative all'autorità della cosa giudicata, basti ricordare essere generalmente ammesso che, in massima, le sentenze fanno cosa giudicata in ciò che è oggetto della pronuncia, non in ciò che sia soltanto elemento ed argomento di convinzione del magistrato; ma essere parimente ammesso che non si può stabilire una separazione assoluta, quasi materiale, fra ciò che si legge nella parte dispositiva e nei motivi della sentenza; che, in ispecie, l'autorità della cosa giudicata si estende tanto a ciò che fu deciso in via *principale*, quanto a ciò che fu deciso in via *incidentale* (1), purchè esso abbia formato tema di discussione tra le parti e di maturata riflessione pel giudice, purchè insomma non si tratti di una semplice enunciazione od opinione da lui emessa occasionalmente; nel qual caso soltanto manche-

---

(1) Salvo s'intende il punto relativo alla qualità di legittimi contradditori nelle parti litiganti, e l'altro relativo alla competenza del giudice per la questione incidentalmente risoluta. Circa il secondo punto, cf. art. 19 cod. proc. civ.; art. 869, § ultimo, codice comm.; e art. 79 legge consolare italiana, 28 gennaio 1866 (n° 2804).

rebbe il fondamento della presunzione di verità che la legge connette alle decisioni giudiziali (1).

Se non che a tutto ciò pensiamo potersi replicare, che il principio secondo cui è riservato personalmente ed esclusivamente *a quello degli sposi dei quali non sia stato libero il consenso*, di poter promuovere la questione di nullità del matrimonio per questa causa, riguarda, per sè stesso e pei motivi sui quali è fondato direttamente ed essenzialmente la *questione di stato* personale; ed è abbastanza rispettato coll'ammettere che dopo avvenuta la morte di quello sposo gli eredi di lui non possano nè promuovere nè proseguire l'esercizio dell'azione avente per oggetto appunto la *questione di stato:* senza giungere fino al punto di ritener vietato agli eredi di sollevare, sia in via di azione o di eccezione, qualsiasi controversia *d'interesse meramente pecuniario*, solo che la risoluzione di tale controversia dipenda dal riconoscere se il matrimonio contratto dal loro autore sia stato valido, o nullo per vizio del consenso da lui prestato: che in quest'ultimo caso la nullità del matrimonio per tale causa sarebbe veramente ed unicamente *motivo* della decisione che il tribunale pronunciasse intorno all'oggetto d'interesse pecuniario della controversia, nè quindi la sentenza potrebbe assumere autorità di cosa giudicata rispetto alla *questione di stato;* che ciò che sia stato incidentemente esaminato dall'autorità giudicante può avere effetto di cosa giudicata allorchè abbia formato oggetto di vera decisione provocata da una delle parti, quantunque pregiudizialmente alla domanda o alla difesa, ma non quando nelle deduzioni dei contendenti e nelle sentenze la nullità del matrimonio per non essere stato libero il consenso d'uno degli sposi sia stata considerata unicamente

---

(1) Cf. Aubry et Rau, § 769, 1; Laurent, XX, 32, 33; Demolombe, XXX, 291-293; Mattirolo, *Dir. giudiz.*, IV, 14-16; assai bene in questo punto il Borsari, *Comm.*, art. 1351, § 3319.

Pel diritto romano, V. Savigny, *Sistema*, VI, § 291 e seg.; Windscheid, *Pand.* (traduz. Fadda), I, § 130, nn. 19-21.

come ragione di decidere in una controversia ben diversa da una questione di stato, sopra un oggetto di mero interesse pecuniario.

Senza disconoscere quindi la gravità delle ragioni che stanno dall'una parte per concedere, dall'altra per negare agli eredi del coniuge la facoltà di impugnare, incidentalmente, il matrimonio per vizio di consenso, reputeremmo prevalenti quelle sopra accennate favorevoli agli eredi predetti; ritenuto però sempre ch'essi non possono sollevare intorno a ciò la *questione di stato*, ma solo allegare la nullità del matrimonio contratto dal loro autore, come ragiona di risoluzione delle controversie riguardanti legittimi loro interessi pecuniarii dipendenti dalla successione.

162. La nullità d'un matrimonio per vizi del consenso può essere sanata per ratifica espressa o tacita o per prescrizione. Di questi argomenti facemmo subbietto di studio preliminare trattando, in principio di questa sezione, delle nullità del matrimonio in generale; nè qui ci occorre più che di riferirci alle massime ivi dimostrate (1).

Noteremo soltanto che il nostro codice ha regolato espressamente nell'articolo 106 il modo in cui per *ratifica tacita* possa essere convalidato un matrimonio annullabile per vizi del consenso; epperò, pei principii già spiegati, non potrebbe essere lecito ammettere altri mezzi dai quali la ratifica tacita avesse a risultare.

L'articolo 106 è così espresso:

" Non è più ammissibile la domanda di nullità per le
" cause espresse nell'articolo precedente, se vi fu coabita-
" zione continuata per un mese dopo che lo sposo ha
" riacquistata la sua piena libertà o conosciuto l'errore ".

Evidentemente non è qui un semplice termine, nè una prescrizione il cui compimento estingua l'azione di nullità;

(1) V. sopra, n. 144, p. 559 e seg.

ma è *il fatto della coabitazione* continuata per certo tempo, da cui la legge induce la volontà tacita dello sposo, al quale competeva l'azione di nullità, di rinunciarvi confermando il matrimonio che era annullabile relativamente a lui; conferma, d'altronde, la quale si appoggia altresì sopra un criterio di evidente moralità, poichè l'intenzione contraria di impugnare il matrimonio, continuando la coabitazione, trasformerebbe questa in un concubinato (1).

Questa presunzione legale di tacita ratifica è però soggetta, secondo la disposizione testuale del riferito articolo, al concorso di tre condizioni:

1° Dev'esservi stata *coabitazione* fra gli sposi.

In mancanza di ciò, e di conferma espressa, la nullità del matrimonio non potrebbe essere sanata che dalla *prescrizione;* la quale, come dimostrammo a suo luogo, non potrebbe essere che l'ordinaria di trent'anni, per la quale si estinguono tutte le azioni (2).

2° La coabitazione dev'essere *continuata.*

Ciò è necessario affinchè la coabitazione pel breve tempo di un mese dia fondamento ragionevole alla presunzione legale di ratifica. Ben s'intende però non potersi questa condizione interpretare così rigorosamente che qualunque interruzione anche momentanea bastasse a fare ostacolo alla ratifica tacita. Spetterà al criterio prudente dei tribunali il determinare se siavi o no stata nel coabitare degli sposi quella continuità che la legge ha richiesto, avendo sempre in vista che tale continuità è voluta come elemento dimostrante la volontà tacita dello sposo di ratificare il matrimonio annullabile in favor suo.

Non sembra però accettabile, così com'è proposta, la condizione ulteriore che a tale riguardo aggiungerebbe un acuto nostro commentatore, che dice: “ Primieramente “ deve intendersi coabitazione *pacifica, tranquilla;* che se

---

(1) Laurent, II, 451. V. anche appresso pag. 673, nota 1.
(2) V. sopra, n. 144, pag. 561-564.

“ i coniugi continuassero pure a starsene nella stessa casa, “ ma fra rancori, alterazioni e risse, divisi di letto ecc., “ non saprei trovare il carattere della acquiescenza „ (1). Tra i vari elementi di fatto ch'egli qui deduce, per determinare l'indole pacifica o meno della coabitazione, ve n'è uno certamente che potrebbe essere preso in considerazione dai magistrati, per escludere l'applicabilità dell'articolo 106. Se (come l'egregio autore suppone, fra le altre circostanze) gli sposi hanno vissuto bensì nella stessa *casa*, ma effettivamente separati di *convivenza*, non sarà più caso (salva la difficoltà e delicatezza della prova) di applicare la conferma tacita regolata in questo articolo di legge; ma per un'altra ragione, che non riguarda soltanto la tranquillità della coabitazione, bensì la realtà stessa di questa; giacchè per coabitazione nessuno ha dubitato mai che si intende la intimità della convivenza, e non il fatto materiale di avere dimora in uno stesso stabile. Ma all'infuori di ciò, non sembra ammissibile, nè pel testo nè per la ragione della legge, che si debba richiedere una coabitazione *pacifica*, quasi che potesse qui essere implicito quel carattere che in tal senso è richiesto perchè sia legittimo il possesso dei beni! I dissidi e i rancori, che non di rado accompagnano anche i matrimoni perfettamente regolari secondo la legge, non possono dunque escludere nè il fatto nè il significato della coabitazione, se questa realmente sia sussistita. Nè può essere lecito allo sposo, cui spetterebbe l'azione di nullità, di mantenere per tempo indefinito i rapporti coniugali coll'altro; salvo poi opporre che la coabitazione, per quanto abbia sorpassato il termine prefisso dall'art. 106, non può avere l'effetto legale quivi stabilito, per non essere stata pacifica. Non potrebbe farsi eccezione, se non pel caso di una coabitazione mantenuta per vera *violenza;* chè allora il testo medesimo dell'art. 106 esclude, naturalmente, l'effetto della convalidazione.

---

(1) Cf. Borsari, *Comm.*, art. 106, § 285 in fine.

3° La durata della coabitazione dev'essere *d'un mese*. Si è con ragione considerato che la moralità pubblica, l'onore e la tranquillità delle famiglie, esigevano fosse brevissimo il tempo entro il quale, coabitando gli sposi, rimanesse tuttavia aperta ad uno di loro l'azione per far annullare il matrimonio (1). E con ciò si è fatta ragione alle censure mosse ripetutamente all'art. 181 del codice Francese che stabilisce il termine, relativamente ampio, *di sei mesi*.

Il mese, giusta i principii comuni, si calcola partendo *dal giorno in cui lo sposo ha riacquistata la sua piena libertà o conosciuto l'errore*, perchè prima di quel giorno la ratifica, quand'anche espressa, sarebbe infetta del medesimo vizio per cui è annullabile l'atto che si vorrebbe convalidare.

Non importa che il mese di coabitazione sia cominciato appena celebrato il matrimonio o più tardi; chè anzi in quest'ultimo caso ne acquista maggior fondamento la presunzione di una tacita conferma.

Rimane qualche difficoltà per quanto concerne *l'onere della prova*. Non è dubbio che lo sposo, il quale impugna il matrimonio per vizio di consenso, abbia il carico di provare il fatto dell'errore o della violenza, in base al quale egli si rende attore. Non è dubbio, parimenti, che se l'altro sposo eccepisca contro l'azione di nullità la causa di decadenza stabilita nell'art. 106, spetterà a lui di provare *che vi fu coabitazione continuata per un mese*. Ma siccome questo periodo di coabitazione deve, secondo la legge, essersi compiuto dopo la cessazione del vizio di consenso che infirmava il matrimonio, e occorre quindi precisare *in qual momento* l'errore o la violenza abbiano cessato; così si domanda a

(1) Relazione senatoria (Vigliani) sul Progetto del 1° libro del cod. civ., n. 66: " La Commissione ha stimato che a far cessare l'azione di nullità " nei casi accennati, debba bastare un solo mese, dopo la cessazione degli " impedimenti. Importa sommamente di non lasciare in sospeso, oltre " quanto sia strettamente necessario, la validità del matrimonio. Ora un " mese di coniugale coabitazione è indizio più che sufficiente della volontà " di ratificare un matrimonio che potrebbe essere annullato ".

quale delle due parti spetti la prova relativa a questo momento: se allo sposo attore, per desumerne che egli si trova ancora nel termine legale per agire, o se invece al convenuto, per dimostrare che l'attore non è più entro quel termine.

Vi ha chi risolve la questione nel secondo senso, ritenendo che lo sposo attore giustifichi il fondamento della sua domanda fornendo la prova dell'errore o della violenza da cui fu viziato il matrimonio; e che lo sposo convenuto, dovendo dare la prova della eccezione che oppone, a senso dell'art. 106, debba quindi provare tutti gli *elementi* di essa, e così non solo che vi fu un mese di coabitazione continuata, ma ancora che questo periodo di tempo è decorso *dopo* la cessazione del vizio di consenso (1).

Malgrado la gravità innegabile di quest'argomentazione, persistiamo a ritenere preferibile la soluzione opposta. Non già per la ragione addotta (ma a veder nostro insufficiente) che il provare l'epoca in cui venne a cessare il vizio di consenso riguardi un fatto personale allo sposo che agisce in nullità, e sia quindi cosa più facile a lui che non al convenuto. Sarebbe questo un argomento d'opportunità e di fatto, che non basterebbe per disapplicare i principii generali sull'onere della prova, se questi veramente imponessero al convenuto, nel caso nostro, di provare non solo che un mese di coabitazione è decorso, ma altresì che prima di questo l'errore o la violenza erano cessati. A noi sembra però più fondato l'osservare che, nell'ordine naturale in cui si succedono le prove e controprove tra le parti in giudizio, lo sposo convenuto coll'azione di nullità giustifica abbastanza il fondamento della sua eccezione, dimostrando essere decorso un mese di coabitazione dopo la celebrazione del matrimonio. Se lo sposo attore replica a sua volta che quel termine di un mese *non è decorso efficacemente*, perchè non fosse ancora cessato il vizio di con-

(1) V. Laurent, II, 452; seguìto dal Ricci, *Dir. civ.*, I, 301 (2ª ediz.).

senso da cui era infetto il matrimonio, egli viene con ciò ad infirmare il valore di un fatto già stabilito dalla parte contraria; spetterà dunque a lui il carico di provare quella circostanza che paralizzerebbe le conseguenze del fatto dimostrato dal convenuto (1).

163. *B*) *Azione di nullità per causa d'impotenza.* — Vedemmo già da quale concetto sia partito il nostro codice, ammettendo questa causa di nullità, su cui il codice Francese serba il silenzio. E accennammo allora come la legge nostra abbia risoluto altresì il dubbio, che teoricamente potrebbe sollevarsi, sulla ragionevolezza di attribuire a questa causa di nullità un carattere *relativo* all'altro coniuge, negandone l'azione allo stesso coniuge impotente (2).

Resta ora di esaminare le norme che concernono non la *causa*, ma l'*azione* di nullità, giusta i criteri che ci siamo proposti nel principio di questa sezione (3).

L'art. 107 del codice civile dispone: “ L'impotenza manifesta e perpetua, quando sia anteriore al matrimonio, “ può essere proposta come causa di nullità *dall'altro coniuge* „. Null'altro che questo ci dice il testo, per quanto concerne l'esercizio dell'azione di nullità. Ciò corrisponde sostanzialmente alle disposizioni del codice civile del Canton Ticino (art. 54 e 55), che statuiva: “ Può invalidarsi il “ matrimonio per fisica impotenza permanente dell'uno o “ dell'altro coniuge, se preesisteva alla celebrazione del “ matrimonio. L'azione di nullità del matrimonio per titolo “ di impotenza o di errore non potrà essere promossa che “ *dal solo coniuge deluso, nel termine di un anno* nel primo “ caso, e di un mese nel secondo „ (4). È notevole però come questo Codice prefiggesse il termine d'un anno,

---

(1) In questo senso, Demolombe, III, 262; e la 1ª ediz. di questo Corso, II, n. 78, p. 221. V. anche Buniva, *Dir. delle persone*, I, p. 217.

(2) V. sopra, n. 75, pag. 273-274.

(3) V. sopra, n. 140, pag. 549-551.

(4) Gli altri Codici dei cessati Stati italiani, come il cod. Francese, sono muti riguardo alla impotenza.

per far valere la nullità a causa d'impotenza; laddove il codice nostro non stabilisce al riguardo termine alcuno.

a) È indubitabile intanto che, pel testo preciso dell'articolo 107, l'azione di nullità può essere intentata soltanto dallo sposo il quale abbia per errore contratto matrimonio con persona impotente; non già dallo stesso coniuge impotente. Forse la legge ha considerato in ciò essere principale interessato nell'annullamento di tale matrimonio il coniuge deluso dalla impotenza dell'altro, e doversi quindi a lui solo attribuire l'azione di nullità. Non parrebbe esatto però spiegare questa restrizione colla idea che lo stesso coniuge impotente non debba essere ammesso ad allegare la propria turpitudine, contro un matrimonio a cui egli ha consentito e dal quale l'altro non voglia svincolarsi. In molti casi (e specialmente da parte della donna) il contrarre matrimonio, trovandosi in istato d'impotenza, può essere soltanto una sventura inconsapevolmente incontrata; e potrebbe lo stesso coniuge impotente avere motivi moralmente apprezzabili, per non essere costretto a rimanere in uno stato penoso; mentre l'altro coniuge potrebb'essere indotto da interessi meno nobili a mantenerlo. Comunque sia però, la disposizione della legge positiva è troppo esplicita, perchè non sia dubbio che l'azione appartiene esclusivamente all'altro coniuge.

Sembra eziandio che l'azione di nullità relativa debba in questo caso essere considerata come *esclusivamente e strettamente personale* al coniuge al quale è attribuita dalla legge. Trattasi di un matrimonio a cui non mancano gli elementi della sua essenza giuridica; d'un matrimonio che può continuare a sussistere qualora la parte, preferendo gli altri fini della unione coniugale a quello dalla cui mancanza nascerebbe l'azione di nullità, non voglia intentare questa azione. Il promuoverla o no dev'essere, per la natura stessa delle cose, una manifestazione libera ed esclusiva della volontà di quella sola persona a cui tale azione appartiene. Negli altri casi di errore sulle qualità della persona può

supporsi provato che senza quell'errore il matrimonio non sarebbe stato contratto; ma in questo, all'opposto, potrebbe essere che lo sposo ingannato avesse voluto il matrimonio quand'anche gli fosse stata nota l'impotenza che veramente ignorava dell'altro sposo. L'atto che, provocando la dichiarazione di nullità, sciolga questo dubbio, non può dunque procedere fuorchè personalmente da lui.

Sembra pertanto che la espressione colla quale l'art. 107 riserba *all'altro coniuge* la facoltà di proporre la nullità per impotenza manifesta, perpetua ed anteriore al matrimonio, debba intendersi con tanto rigore da escludere che quella azione potesse mai essere intentata, non solo dai creditori dello sposo caduto in errore (art. 1234, cod. civ.), ma ancora dagli eredi di lui, non ostante il principio che essi succedono in tutti i beni, i diritti e le azioni del loro autore.

b) La legge non ha fissato nessun *termine* speciale entro cui l'azione di nullità del matrimonio per impotenza dell'altro coniuge debba essere intentata. Ne segue dunque che non possa essere soggetta a verun'altra prescrizione che l'ordinaria di 30 anni, per la quale si estinguono generalmente tutte le azioni, quando la legge non abbia stabilito all'uopo un tempo più breve (1). Tuttavia, come già fu d'incidenza avvertito, si è sollevato qualche dubbio in proposito, sostenendosi da alcuni che l'azione di nullità per impotenza sia assolutamente *imprescrittibile*, e possa quindi farsi valere per quanto lungo sia il tempo decorso dopo la celebrazione del matrimonio.

Ferme le considerazioni generali altrove esposte circa l'applicabilità della prescrizione trentennale alle azioni di nullità relativa del matrimonio (2), faremo brevissime considerazioni per quanto riflette in ispecie la nullità a causa d'impotenza (3).

---

(1) V. sopra, n. 144, pag. 561-564.
(2) V. sopra, loc. cit.
(3) L'applicabilità della prescrizione trentennale a questa azione di nullità, fu ammessa dalla Cassazione di Firenze, 7 luglio 1873 (*Annali*, VIII,

Quanto al testo dell'art. 107, il silenzio che esso mantiene, circa la durata dell'azione, può bensì escludere che essa sia soggetta ad un *termine di decadenza* (quale è, per esempio, stabilito nel precedente art. 106); ma questo solo silenzio non può bastare per escludere inoltre la norma generale di diritto, secondo cui tutte le azioni si *prescrivono* in trent'anni, ove non sia stabilito un termine più breve. Una tale esenzione richiederebbe, all'opposto, una speciale disposizione di legge; come ne offre esempio l'articolo 113 il quale, in termini ben diversi da quelli dell'articolo 107, dichiara che " Il coniuge può *in qualunque tempo* " impugnare il matrimonio dell'altro coniuge „; benchè qui, trattandosi di una nullità assoluta, potesse anche ritenersi superflua codesta spiegazione. Riguardo invece alla azione di nullità per impotenza, la quale è *relativa*, il silenzio della legge acquista significato maggiore; nel senso che anche *la natura* propria dell'azione — il cui esercizio dipende tutto dalla volontà della persona — induca ad ammettere, e non ad escludere, la possibilità che essa rimanga coperta colla inazione mantenuta per il tempo della più lunga prescrizione; tanto più poi se si rifletta come in ordine al matrimonio vi siano ragioni morali e sociali, anche più gravi che negli altri contratti, per mettere un termine alla sua impugnabilità, e assicurare con questo le sorti e le relazioni delle famiglie.

Nè sembra fondata l'obbiezione (Chironi, loc. cit.) che " applicando le norme della prescrizione ordinaria, non " bisogna limitarsi a quanto concerne il tempo, ma ricor-

---

1, 3, 16); della Corte di Venezia, 7 settembre 1883 (*Giurispr. ital.*, XXXVI, 2, 57); dalla Corte d'app. di Torino, 17 dicembre 1885 (*Legge*, 1885, 1, 558); dalla Corte di Catania, 30 maggio 1887 (*Fôro ital.*, XII, 1, 470).

Fu vivamente contrastata del prof. Chironi, *Questioni di dir. civ.* (Torino, 1890), pag. 454-459.

La negativa pareva pure adottata dal Ricci, *Dir. civ.* (1ª ediz.), I, 168; ma nella 2ª ediz. (I, 309), egli ha chiuso il suo discorso, aggiungendo: " *L'azione pertanto non può che essere soggetta alla prescrizione ordinaria trentennale cui è soggetta ogni altra azione* „.

" dare anche quelle che governano le cause impedienti " la prescrizione; questa non corre fra i coniugi (articolo " 2119) „. Ci sembra facile il rispondere che se si nega la possibilità della prescrizione rispetto all'azione in discorso, riesce contraddittorio invocare la regola che le prescrizioni non corrono fra coniugi; perocchè, come si può dire *sospesa* una prescrizione che si pretende *non esistere?* Evidentemente, il disposto dell'art. 2119 § 1 si riferisce ai rapporti tra coniugi che per sè sono soggetti a prescrizione; e questa si tiene tuttavia in sospeso durante il matrimonio, per la nota ragione di non turbare la pace e l'armonia delle relazioni di famiglia, per non porre l'un coniuge nella necessità di agire contro l'altro, onde evitare la decadenza dei propri diritti; i quali diritti (e questo è lo scopo finale della regola stabilita nell'art. 2119), pur restando inoperosi durante il matrimonio, si conserveranno *per farsi valere dopo lo scioglimento del matrimonio stesso.* Ora come tutto ciò può avere rapporto coll'azione di nullità per impotenza? Non vi è in realtà scopo alcuno nel voler conservare tale azione, pur non esercitandola per tutta la durata del matrimonio; mentre, sciolto che sia il matrimonio colla morte d'uno dei coniugi, viene a mancare l'oggetto e la ragione d'essere della azione medesima, la quale (come dianzi fu notato) non può, per natura stessa di cose, farsi valere da parte degli eredi o contro di essi.

Ma si insiste, e si osserva che, mentre il vizio di consenso può cessare, e può quindi essere limitata nel tempo l'azione ad esso relativa, il vizio della impotenza (quale è richiesta dall'art. 107) è invece di natura tale che non può essere sanato col decorso del tempo, perchè l'impotenza non è tolta dalla coabitazione per quanto protratta dei coniugi. Vi è in ciò qualche cosa di vero; ma se non erriamo, qui si confondono cose diverse. Altro è che la natura stessa del vizio della impotenza renda non temporanea la sua sussistenza *di fatto*, altro è che per questo si debba ritenere sempre aperto *il diritto* di allegare quel vizio, per impu-

gnare un matrimonio volontariamente conservato per oltre trent'anni. E infine, sotto l'aspetto pratico, come si potrebbe dare ascolto alla domanda di annullare per ragione d'impotenza un matrimonio celebrato cinquanta o sessant'anni addietro, annullandolo oggi, quando i due coniugi siano giunti all'estremo limite della vecchiaia?

c) Un'ultima domanda si presenta, circa le cause che possono precludere l'esercizio dell'azione di nullità per impotenza. Si è pensato che questo esercizio resti impedito nel caso che l'impotenza sia comune o reciproca tra i due coniugi. Si è argomentato, per questa conclusione, dalle parole *l'altro coniuge* che si leggono nell'art. 107; nel senso che questa espressione debba designare una diversità di condizione tra i coniugi stessi, riguardo all'impotenza. E si è soggiunto corrispondere a questo anche la ragione della legge; perchè quando entrambi i coniugi sono impotenti, la loro condizione è uguale; l'uno non ha diritto nè scopo a dolersi della impotenza dell'altro, non potendo egli dire che, per causa della impotenza dell'altro, gli sia tolto di conseguire uno dei fini principali del matrimonio (1).

Pur riconoscendo che in questa singolare ipotesi l'annullamento del matrimonio non corrisponderebbe intieramente ai fini per cui la legge concede l'azione, esitiamo ad accogliere la tesi dell'egregio scrittore. Si tratterebbe, ci sembra, di una specie di *compensazione*, la quale per essere ammessa in questa materia abbisognerebbe d'una esplicita dichiarazione di legge; mentre se entrambi i coniugi si trovano impotenti, devesi riconoscere che ciascuno di essi, a sua volta, trovasi nelle condizioni richieste per esercitare l'azione di nullità. Che l'art. 107 a tale riguardo parli dell'*altro* coniuge, è naturale, perchè è il caso comune che l'uno solo dei coniugi sia affetto da impotenza; e noi non sappiamo nemmeno se il caso opposto siasi mai presentato. Ma appunto per ciò, sembra vero il dire che la legge *sup-*

---

(1) V. Ricci, *Dir. civ.* (2ª ediz.), I, 308.

pone, e non *esige*, che la impotenza esista in uno solo dei coniugi. Dacchè l'impotenza si trovi in uno di essi, il negare all'altro l'azione, solo perchè egli pure versi nel medesimo stato, non sarebbe un aggiungere una condizione che la legge non stabilisce?

164. C) *Azione di nullità per mancato consenso dei parenti al matrimonio dei minorenni.* — Se il matrimonio sia stato contratto da persona a cui sarebbe stato necessario il consenso altrui, senza che tale consenso sia stato effettivamente prestato, il matrimonio stesso è annullabile; per una nullità però non assoluta, ma relativa soltanto. Ma non bisogna dimenticare un principio già dimostrato precedentemente, e senza il quale sarebbe qui facile che si ingenerasse qualche confusione di idee; il principio cioè che la nullità del matrimonio non può derivare da mancanza del consenso altrui, fuorchè quando tale consenso sia *necessario*, sia richiesto cioè così assolutamente dalla legge che senza esso il matrimonio sia *in qualunque caso* legalmente impossibile. Quando dunque è prescritto bensì dalla legge che si debba chiedere il consenso di più persone, ma la volontà di alcune fra esse è subordinata a quella di altre come avviene dei genitori, tra i quali in caso di disaccordo prevale il volere del padre (art. 63, codice civile), dell'avo e dell'avola della stessa linea essendo sufficiente il consenso dell'avo (art. 64, § 1, cod. civ.), delle due linee ascendenti paterna e materna il cui disparere equivale a consenso (art. 64, § 2, codice civ.), allora il non essere stati consultati coloro la cui volontà sarebbe in ogni caso stata posposta, non induce nullità del matrimonio, quando d'altronde abbiano prestato il consenso quelli al cui volere era data dalla legge la preferenza (1).

A quali persone è attribuita l'azione di nullità nei casi in cui questa si verifica per mancanza del consenso *ne-*

(1) Cf. sopra, n. 84, p. 315-316, e appresso p. 686 e seg.

cessario di certe persone? Risponde l'art. 108, § 1°, del cod. civ. dichiarando che " Il matrimonio contratto senza " il consenso degli ascendenti, o del consiglio di fami- " glia o di tutela, può essere impugnato *dalle persone delle* " *quali era richiesto il consenso, e da quello degli sposi a cui* " *il consenso era necessario* ". — Abbiamo quindi tre ordini di persone investite dell'azione di nullità per questa causa: il coniuge minorenne medesimo — gli ascendenti — il consiglio di famiglia o di tutela. E poichè, come più volte abbiamo avuto occasione di osservare, le disposizioni della legge in ordine alle persone che possono promuovere la dichiarazione di nullità di un matrimonio, sono necessariamente *tassative*, non vi ha dubbio che dalle sole persone designate nel detto articolo 108 può il matrimonio essere per questa causa impugnato.

A *coloro dei quali era richiesto il consenso* è giustamente accordata la facoltà di promuovere la annullazione del matrimonio contratto senza che quel consenso sia stato prestato; non tanto per dare una sanzione efficace e necessaria all'autorità conferita dalla legge a quelle persone, quanto ancora nell'interesse medesimo dello sposo da cui quel consenso doveva essere riportato; poichè a nessuno meglio che alle persone predette poteva essere affidato di valutare la convenienza o meno del matrimonio contratto in onta alla legge, e di riconoscere se giovasse meglio farlo annullare o mantenerne l'efficacia giuridica.

A *quello degli sposi a cui quel consenso era necessario* è pure concesso di potere impugnare il matrimonio contratto senza quel consenso: sia per applicazione del principio generale, che agl'incapaci spetta sempre il diritto di prevalersi della loro incapacità, sia per provvedere così al caso di seduzioni colle quali lo sposo fosse stato indotto a celebrare un matrimonio che altrimenti non avrebbe contratto.

Ciò premesso, esaminiamo partitamente l'azione di nul-

lità rispetto alle diverse persone sopra indicate, per poi accennare alcune norme comuni alle diverse ipotesi.

a) *Azione del coniuge minorenne.* — Alla Commissione coordinatrice uno dei commissari propose, che si togliesse questa facoltà agli sposi a cui sarebbe stato necessario il consenso degli ascendenti o del consiglio di famiglia o di tutela. Ed in appoggio di tale proposta osservava essere sconveniente ed immorale che coloro i quali avessero violata la legge, contraendo il matrimonio senza il consenso delle persone di cui era richiesto, venissero poi essi medesimi ad impugnare ciò che non sarebbe fuorchè il risultato del fatto e della colpa loro.

Ma fu risposto giustamente che questa considerazione poteva essere efficace riguardo al minore di 25 anni, maggiore di 21; ma che per colui il quale all'atto della celebrazione del matrimonio fosse stato nella minorità ordinaria, non avendo ancora compiuti i 21 anni, sarebbe contrario ai principii generali concernenti la incapacità dei minorenni il non ammetterlo ad impugnare il matrimonio che avesse contratto senza le formalità abilitanti prescritte dalla legge (1).

Così fu approvata la massima che passò poi nel § 2, dell'art. 108; secondo cui il matrimonio celebrato senza il consenso dei genitori " *non può essere impugnato dal* " *figlio* (2), *che aveva gli anni* 21 *quando lo contrasse* „.

A questa norma di legge che autorizza lo sposo a muovere l'azione di nullità, quando non avesse raggiunto i 21 anni al tempo del matrimonio, è opinione autorevole che debba recarsi una limitazione: " La protezione " (si è detto) che la legge accorda al minore non deve " essere stata da lui demeritata con arti e frodi per farsi " credere maggiore di età, o simulando l'autorizzazione " che non avesse ottenuta. La nostra legge non ne fa cenno

---

(1) V. Proc. verb., n. 8, § 4.

(2) Si parla naturalmente del *figlio*, poichè la figlia dopo i 21 anni non ha bisogno del consenso dei parenti per contrarre matrimonio (art. 65).

" ma è conforme ai principii „ (1). — Dubitiamo veramente che possa dirsi conforme ai principii l'aggiungere una condizione di cui, appunto, la legge non fa cenno. Una tale condizione troviamo scritta bensì all'art. 1305 ma in tema di obbligazioni e di contratti comuni; il che certo non basta per trasportare questa regola nel campo del matrimonio. A parte poi l'argomento di testo, e guardando alla ragione delle cose, è da riflettere che la regola dell'articolo 1305, accogliendo il concetto *cum malitia suppleat aetatem*, è pienamente giustificata rispetto ai contratti pecuniarii, pei quali il dolo del minore genera una obbligazione *ex delicto* (articolo 1306) che prende il posto e mantiene gli effetti della obbligazione contrattuale. Ora tutto ciò sembra manifestamente inapplicabile in tema di matrimonio; tanto più che gli stessi artifizi che si suppongono usati dal minore, per dissimulare la sua condizione, possono facilmente essere il frutto della leggerezza di età e dell'acciecamento di passione, per difenderlo dai quali, in un atto così grave della vita, la legge vuole integrare il consenso di lui col senno e coll'approvazione dei parenti. Crediamo quindi si debba concludere che il disposto dell'articolo 108, in quanto riguarda lo sposo minorenne, rimane affatto indipendente dalla restrizione di cui parla l'art. 1305 (2).

b) *Azione degli ascendenti.* — In questo rapporto tutto dipende dallo svolgimento della regola testuale che " il matrimonio....... può essere impugnato dalle persone " *delle quali era richiesto il consenso* „; giacchè, come anche dianzi fu osservato, l'esercizio dell'azione di nullità corrisponde al diritto di consentire al matrimonio dei minorenni.

---

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 108, § 290 in f. — Nello stesso senso, Demolombe, III, 289; Aubry et Rau, § 462, nª 62.

(2) Dell'altra quistione, se l'azione di nullità competente allo sposo minore possa rimanere troncata per una *successiva* ratifica o conferma emessa dai parenti, ci occupiamo più innanzi, n. 165*bis*, p. 706.

E siccome questa facoltà è attribuita, in ordine successivo, ai genitori, agli ascendenti, e al consiglio di famiglia o di tutela (articoli 63-66), così resta fuori di dubbio che in massima generale l'azione di nullità, per mancanza di tale consenso, spetta solo a quell'*ordine* d'ascendenti, che nel caso speciale doveva consentire; senza che si possano (come bene avvertiva il *Borsari*, § 287 *b*) varcare i gradi nè saltare dall'uno all'altro. Così, se vivevano i genitori e non furono richiesti del loro consenso o non lo prestarono, essi soli potranno agire di nullità; nè gli avi potrebbero assumere l'azione, invece dei genitori, poichè agli avi in tal caso manca l'attribuzione originaria dell'azione, non potendosi dire (secondo l'art. 108) che fosse *richiesto per legge il consenso degli avi* a quel matrimonio, nè potendo gli avi conseguire l'azione per trasmissione dei genitori che siano premorti, come si spiegherà più innanzi.

Ma all'infuori di ciò, gravi ed intricate questioni sono sorte, sia per determinare la esercibilità dell'azione dei parenti che erano chiamati a consentire *nello stesso grado*, ma con diversa prevalenza del rispettivo loro voto (per es. il padre di fronte alla madre, l'avo rispetto all'avola); sia per verificare se in qualche caso speciale l'azione di nullità non debba trasferirsi da un ordine all'altro, qualora trovandosi i parenti del primo ordine nella impossibilità di consentire all'epoca del matrimonio, il diritto di consenso avesse perciò dovuto esercitarsi dai parenti dell'ordine successivo. — Esamineremo brevemente tali questioni, cercando di tenerle distinte quanto più sia possibile.

1° Un minore, soggetto all'autorità dei genitori, contrae matrimonio senza riportare il loro consenso. L'azione di nullità spetterà *concorrentemente* al padre ed alla madre? (1). E in analoga condizione, spetterà concorrentemente all'avo ed all'avola? (2). — La dottrina è quasi

---

(1-2) Supponendo sempre che il consenso non sia stato prestato da nes-

concorde nell'attribuire l'azione esclusivamente al padre (od all'avo), nel caso che questi *sia presente e capace ad intentare l'azione*; mentre è profondamente divisa per decidere se nel caso inverso che il padre sia morto o divenuto incapace al tempo in cui dovrebbesi esercitare l'azione di nullità, questa possa assumersi dalla madre in luogo di lui (1).

Per apprezzare convenientemente la ragione intima di differenza fra le due ipotesi, e per meglio valutare gli argomenti addotti per l'una o per l'altra soluzione, crediamo necessario ricercare prima e porre in chiaro il criterio fondamentale che deve ritenersi racchiuso nella formula dell'art. 108 (182, cod. Francese). Le espressioni del testo hanno infatti prestato appoggio ad interpretazioni contrarie; perchè esso comincia col dire che il matrimonio può essere impugnato dalle persone *delle quali era richiesto il consenso*, il che dà motivo a credere che anche alla madre appartenga l'azione di nullità per mancato consenso del padre, poichè anche dalla madre era *richiesto* il consenso, secondo l'art. 63; ma poco appresso lo stesso art. 108 parla dello sposo a cui il consenso fosse *necessario*, e ciò sembra restringere, secondo alcuni, la facoltà di agire soltanto al padre, dal momento che il solo consenso di questi era veramente necessario, stante la prevalenza che il voto di lui ha su quello della madre (d° art. 63).

Ora a noi sembra che non siasi esattamente afferrato il senso di questo apparente contrasto; perocchè l'elemento, accennato nell'art. 108, che si tratti d'un consenso *necessario*, può riferirsi logicamente solo a ciò che

---

suna delle persone da cui la legge lo richiedeva. Ove il matrimonio fosse invece stato contratto, senza consultare la madre o l'ava, ma coll'assenso del padre o dell'avo, allora mancherebbe il fondamento stesso della nullità, non essendone viziato il matrimonio (v. al principio di questo n., p. 681). — La questione attuale è soltanto: se la madre possa agire pel mancato consenso del padre.

(1) Cf. la prima edizione di questo Corso, t. II, n. 91, pag. 271.

riguarda la esistenza della *causa* di nullità del matrimonio, per difetto appunto di quel consenso che era indispensabile a contrarlo validamente (1). Quanto invece a determinare le *persone* che, per difetto del consenso necessario da parte del padre o dell'avo, sono autorizzate ad agire, bisogna riconoscere che il testo medesimo dell'art. 108 ne attribuisce il diritto alla madre non meno che al padre, perchè dell'uno e dell'altra era veramente *richiesto per legge il consenso.* Procedendo nell'esame del testo, crediamo dover notare che la parola consenso *necessario* (su cui fanno tanto assegnamento i seguaci dell'opinione più esclusiva) si trova scritta precisamente non nella frase che parla degli ascendenti, autorizzati ad agire, ma nella frase successiva che concede l'azione di nullità allo stesso sposo minore: il che conferma l'idea suesposta che debbasi prendere in considerazione la necessità assoluta di tale consenso, per decidere se sussista il vizio giuridico del matrimonio, non per limitare al solo padre o al solo avo (qualora sia mancato il loro consenso) la facoltà di spiegare l'azione.

Ciò corrisponde pure allo scopo e alla ragione della legge; poichè contrattosi il matrimonio senza la necessaria approvazione, l'accordarne l'impugnativa anche alle persone il cui voto era richiesto dalla legge, benchè in caso di dissenso dovesse essere posposto, sta in armonia colla importanza che la legge nostra annette al voto di queste persone, valutando anche l'influenza che esso può esercitare su quello di altri ascendenti. — Così dobbiamo concludere che per quanto riflette l'esercizio dell'*azione* di nullità, l'articolo 108 ne riconosce il titolo così al padre come alla madre, all'avola come all'avo; salvo il dover conciliare questa facoltà della madre o dell'ava colla preponderanza che la legge attribuisce alla volontà del padre o dell'avo. Le applicazioni, se non erriamo, saranno ora

---

(1) V. sopra, al principio di questo n., pag. 681.

più facili e nello stesso tempo confermeranno questa base d'interpretazione dell'art. 108.

Dicemmo sopra che la dottrina è quasi unanime nell'attribuire l'azione soltanto al padre od all'avo, *nel caso che questi si trovi nella possibilità di esercitare l'azione medesima*. Ed è veramente fondato; non tanto per l'argomento comune che solo il consenso di lui era inizialmente necessario al matrimonio, quanto perchè la volontà del padre è ancora prevalente per decidere sulla convenienza di impugnare o non impugnare quel matrimonio viziato; perchè, in altri termini, il padre come potrebbe con una ratifica espressa o tacita estinguere l'azione di nullità per tutti, secondo l'artic. 109 (su di che ritorneremo più innanzi), così può anche giungere allo stesso risultato col non dar corso, ove lo creda opportuno, all'azione di nullità. Supponendosi dunque ora che il padre sia *vivente e capace ad agire*, la determinazione sua, affermativa o negativa che sia, deve necessariamente prevalere su quella della madre; e *il titolo* ad intentare la azione, che pure a lei spetta per il mancato consenso di amendue i genitori, trova un ostacolo d'esercizio nella supremazia che la legge nostra riserba al capo della famiglia (1).

---

(1) In questo senso, tutti gli autori. Anzi il Laurent (II, 457) scrisse che in questo caso *nessuno oserebbe sostenere il contrario*.

Pure il nostro Borsari, colla indipendenza di giudizio in lui caratteristica, sostenne recisamente la opinione opposta; osservando che il silenzio del padre spesso non rappresenta che l'apatia o una colpevole indifferenza, mentre il solo ostacolo che si opporrebbe all'esercizio dell'azione della madre sarebbe l'*approvazione* paterna, la quale non si può dedurre dalla sola mancanza dell'operare (*Comm.*, art. 188, § 288, *d*).

Ma l'opinione comune sembra su questo punto incontrastabile. Posto infatti che al solo padre, se vivente e capace, appartiene il decidere se sia conveniente annullare o conservare il matrimonio, ciò che il Borsari suppone essere il frutto di semplice apatia o indifferenza, non è altro in realtà che l'uso di un diritto a lui riconosciuto dalla legge. E del resto è anche da riflettere che, data l'inerzia del padre e concessa in ipotesi l'iniziativa alla madre, risultato immancabile ne sarebbe la chiamata in causa del padre medesimo (art. 203, 205, cod. proc. civ.), inducendolo forse a pronunciarsi per una ratifica espressa, la quale convaliderebbe pienamente il

Supponiamo ora che, contrattosi matrimonio da un minore senza l'assentimento dei genitori, il padre sia *morto o divenuto incapace* al tempo in cui si dovrebbe esercitare l'azione di nullità; e allora troveremo la situazione radicalmente mutata. Il matrimonio è in sè stesso viziato ed attaccabile, perchè non fu approvato (si suppone) da nessuna delle persone di cui la legge richiedeva il consenso; la *causa* della nullità è dunque fuori di dubbio. La impossibilità attuale che il padre eserciti l'azione di nullità avrà dunque l'effetto che questo vizio del matrimonio sfugga alla sanzione della legge? Ciò non pare ammissibile. La madre è pur essa, in principio, investita dell'azione, come sopra fu dimostrato; l'unico ostacolo che possa impedirle l'esercizio di tale diritto è appunto la circostanza che sia presente e capace di agire il padre il quale, per ragione della prevalenza della sua volontà, può convalidare il matrimonio con una approvazione espressa o tacita (art. 109) posteriore alla sua celebrazione; data invece, come qui si suppone, la impossibilità pel padre di manifestare la volontà sua, e non potendosi evidentemente accampare una presunzione che il padre *avrebbe* ratificato quel matrimonio, il diritto d'azione che già esisteva nella madre risorge e si trova nella piena libertà del suo esercizio; precisamente (si noti) come avviene riguardo all'atto stesso di prestare il consenso al matrimonio del figlio minore, giusta l'art. 63, § 2 (1). — E con ciò apparisce pur chiaro come cadano in equivoco gli oppositori, credendo di potere argomentare dal carattere *personale* di questa azione di nullità, per dire che essa non può comunicarsi o trasmettersi dal padre alla madre: mentre è innegabile che se l'azione spetta alla madre, nella impossibilità del padre ad eser-

---

matrimonio, ma dando così luogo allo scalpore di un giudizio che verosimilmente egli aveva creduto più prudente di evitare.

(1) V. sopra, n. 84, p. 317 e seg.

citarla, le spetta direttamente e di diritto proprio, non già per derivazione dal padre (1).

Le stesse ragioni valgono identicamente non solo nei rapporti fra l'avo e l'avola, ma anche in quelli fra gli ascendenti di una linea e gli ascendenti di un'altra (articolo 61, § 2).

2° Altra questione, non meno grave. L'articolo 108 accorda l'azione agli ascendenti *dei quali* ERA *richiesto il consenso*. Per verificare quali ascendenti si trovino investiti di tale qualità, bisogna dunque riportarsi *al tempo del matrimonio*, più che a quello in cui si esercita l'azione.

Da ciò deve seguire che se il padre o l'avo sia stato *all'atto del matrimonio* nella impossibilità di manifestare la propria volontà, il diritto di consentire al matrimonio sarà passato alla madre od all'ava (art. 63, § 2); e conseguentemente a lei pure, anzi a lei sola, spetterà il diritto di impugnare il matrimonio, quand'anche il padre avesse ricuperata la sua capacità. — Tuttavia si sono manifestate intorno a ciò opinioni in contrario. Taluno ha detto che al padre od all'avo, ritornato in istato di capacità, spetta esclusivamente l'azione per impugnare il matrimonio; che non facendolo egli viene a *ratificare tacitamente* il matrimonio stesso; epperò non può più essere lecito alla madre od all'avola l'intentare l'azione di nullità (2). Altri ha considerata la quistione sotto diverso aspetto: dicendo che, per la incapacità di chi sarebbe stato preferito nella prestazione del consenso, non si fa che trasmettere, per una specie di delegazione provvisoria, il potere dalla persona preferita a quella che è chiamata dopo di lei; ma che, ritornando quella per-

---

(1) In questo senso, v. la prima edizione di questo Corso, II, 91, p. 271; e DURANTON, I, 874; DEMOLOMBE, III, 272; AUBRY et RAU, § 462, nª 43; BORSARI, *Comm.*, art. 108, § 287.

In senso contrario, MARCADÉ, art. 182, 2, t. I, n. 648; LAURENT, II, 457; PACIFICI-MAZZONI, *Istit.* (2ª ediz.), II, 280; RICCI, *Dir. civ.* (2ª ediz.), I, 311.

(2) V. DURANTON, l. c., n. 875.

sona nello stato di capacità, deve ricuperare nella loro pienezza tutti gli attributi del potere che le era concesso dalla legge, e quindi anche quello di intentare la nullità (1).

Questi argomenti sembrano però più ingegnosi che veri. Non è esatto considerare il solo silenzio della persona a cui spettasse l'azione di nullità, come equivalente per sè ad una ratifica tacita. Ma lo fosse pure, sarebbe però sempre opponibile il principio che una ratifica non può essere efficace se non proviene dalla persona alla quale è attribuita l'azione di nullità, e che viene con quell'atto a rinunciarvi. — Dire adunque che il padre incapace a consentire all'atto del matrimonio del figlio, ma ridivenuto capace più tardi, possa colla ratifica tacita togliere alla madre l'azione di nullità che le sarebbe spettata contro il matrimonio contratto dal figlio senza il suo assenso, è quanto supporre provato quello appunto che è in questione, che cioè l'azione di nullità passi al padre al momento in cui egli rientri nella condizione di capacità.

Non è neppure giusto il ritenere che chi è chiamato dalla legge a prestare il consenso in luogo dell'incapace eserciti quest'atto di autorità quasi come un delegato provvisorio ed un rappresentante della persona che aveva a preferenza dalla legge il mandato di prestare il consenso. Egli lo esercita *per conto proprio*, in virtù di un mandato direttamente conferitogli dalla legge, e come rivestito di un potere che non gli è trasmesso dall'incapace, ma che gli è attribuito appunto perchè questi non può esercitarlo. E come ha quel potere, così è giusto che abbia ancora tutte le facoltà che ne sono conseguenti; qual'è appunto quella d'impugnare il matrimonio che fu contratto in onta dell'autorità che la legge gli conferiva e che fu contratto non curando di ottenere il consenso che egli doveva esser chiamato a prestare.

---

(1) V. Demolombe, t. III, n. 273.

Vero è che potrà parere sconveniente assai che la madre o molto più l'avo od il consiglio di famiglia, abbia potere di far annullare il matrimonio in presenza del padre dello sposo a cui manchi una tale facoltà. Ma questa non è che la conseguenza naturale e logica della condizione d'incapacità in cui il padre si trovava all'atto del matrimonio del figlio; per cui non avendo egli potuto allora esser chiamato a prestarvi il consenso, neppure può spettare a lui il diritto di lagnarsi che sia stata conculcata quell'autorità che ad altri apparteneva d'esercitare in luogo suo. In fine poi, quali che siano i motivi di convenienza che possano addursi in contrario, essi però potrebbero essere presi in considerazione per fare la legge, ma non possono cambiare il senso chiarissimo della disposizione dell'articolo 108; il quale dicendo che il matrimonio può essere impugnato *dalle persone delle quali era richiesto il consenso*, non può intendersi fuorchè *in relazione al tempo della celebrazione* del matrimonio medesimo (1).

c) Azione del consiglio di famiglia o di tutela. — Allorchè il consenso doveva essere prestato da un corpo morale, qual'è il consiglio di famiglia o di tutela, la nullità non può essere intentata individualmente da ciascuna

---

(1) In questo senso, LAURENT, II, 457, in princ.; PACIFICI-MAZZONI, Op. e loc. cit.; RICCI, Op. e loc. cit.

Il BORSARI (*Comm.*, art. 108, § 288, *e*, § 289), pure aderendo a questa soluzione si spinge più innanzi; ritenendo che nel caso in discorso l'azione di nullità spetti bensì alla madre od all'ava (che avrebbero dovuto consentire al matrimonio), ma spetti insieme *anche* al padre od all'avo, ridivenuto capace; perchè questi, ricuperando la capacità, deve ricuperare eziandio la sua posizione e l'autorità paterna; perchè inoltre mal si comprende come il padre che può approvare il matrimonio non abbia pur anco la facoltà d'impugnarlo. — In teoria astratta, potrebbe esser apprezzabile (benchè sempre discutibile) questa dottrina. Di fronte alla legge positiva però, resta ferma l'obbiezione che l'art. 108 concede l'azione di nullità solamente a coloro dei quali *era richiesto il consenso*, mentre nel caso nostro (come osserva a ragione il Laurent) il padre o l'avo non avevano l'esercizio della autorità, ed è quindi impossibile che la loro autorità sia stata disconosciuta. Quanto poi al dire che il padre o l'avo, ritornato capace, deve riprendere l'esercizio dei suoi diritti, par chiaro che con ciò si dà come risoluto il punto

delle persone componenti quel consiglio, ma solo dal corpo morale stesso; il quale prenderà all'uopo una deliberazione e potrà incaricare il tutore o qualcuno dei consulenti di agire in nullità rappresentando il consiglio. Notiamo intanto che il nostro art. 108, concedendo in modo espresso l'azione " al consiglio di famiglia *o di tutela* ", elimina opportunamente ogni questione rispetto ai figli *naturali*, i quali ove non siano legalmente riconosciuti, o abbiano perduto i genitori riconosciuti tali o l'adottante, devono riportare appunto, avanti l'età stabilita, il consenso *del consiglio di tutela* (art. 66). All'incontro il cod. Francese per i figli naturali che non siano riconosciuti o che abbiano perduto i loro genitori, prescrive il consenso d'un tutore *ad hoc* (articolo 159); e siccome poi nell'art. 182, concernente l'azione di nullità, si parla del matrimonio contratto senza il consenso degli ascendenti o *del consiglio di famiglia*, e non si contempla anche il caso del figlio naturale maritatosi senza il consenso del tutore *ad hoc*, così rimane il dubbio, variamente risoluto in quella dottrina, se la sanzione della nullità di un tale matrimonio venga a mancare completamente o sia abbandonata al più al volere del minore stesso.

È poi chiaro e non contestato che potrà agire il consiglio di famiglia o di tutela come si trova composto al tempo in cui s'intenta l'azione, e senza riguardo al farne parte gli stessi individui od altri da quelli che lo componevano al momento della celebrazione del matrimonio, trattandosi di un'azione esercitata dal consiglio, come corpo morale, e non dai componenti di esso individualmente considerati.

---

stesso della questione; mentre trattasi appunto di sapere come possa riprendersi un diritto che non si è avuto; e non si potrebbe spingere la forza di questa ricuperata capacità sugli atti antecedentemente compiuti, senza attribuire a questa capacità successiva una specie di effetto retroattivo. Ciò dimostra altresì come a torto si voglia argomentare dal supposto potere che in tal caso avrebbe il padre di ratificare il matrimonio; su di che ritorneremo più oltre.

Dopo che il consiglio di famiglia o di tutela avesse cessato dalle sue funzioni, non sarebbe più possibile l'esercizio da parte di esso dell'azione in nullità; poichè avrebbe finito di esistere il corpo morale a cui quest'azione era attribuita. Allora rimarrebbe soltanto che l'azione potesse essere esercitata dallo sposo stesso al quale il consenso di quel consiglio sarebbe stato necessario (cfr. appresso, n° 165 *bis*, pag. 703).

164 *bis*. *d*) *Norme comuni, dipendenti dal carattere personale dell'azione.* — L'articolo 108 del cod. civile concede l'azione di nullità soltanto alle persone delle quali era richiesto il consenso, ed a quello degli sposi a cui esso era necessario. E questa disposizione combinata col principio che, in ordine a coloro i quali possono attaccare di nullità il matrimonio, le leggi devono sempre considerarsi come *tassative*, ha per conseguenza che l'azione di nullità debba considerarsi come esclusivamente *inerente alle persone* designate dalla legge. A conforto di questa massima concorrono inoltre motivi assai facili a dimostrarsi come perfettamente razionali. Pegli ascendenti, infatti, e pel consiglio di famiglia o di tutela, l'esercizio di quell'azione è un puro atto di autorità tutelare verso il minore; autorità che deve di natura sua essere strettamente personale, estinguersi colla vita della persona a cui è attribuita, escludendo qualunque idea di trasmissibilità ad altri. Per lo sposo poi che aveva bisogno del consenso altrui per contrarre matrimonio, il giudicare se, nonostante la mancanza di quel consenso, l'unione coniugale sia stata da lui contratta con piena libertà, con sano giudizio, senza essere stato influenzato da raggiri e da seduzioni; se quindi egli abbia o no ragione di prevalersi della disposizione di legge che gli concede l' azione di nullità, non può essere, per la natura delle cose, se non strettamente personale a lui.

Perciò la dottrina è concorde nello stabilire il principio

della *stretta personalità* dell'azione di cui parliamo. E da questo principio segue che non solo non possono esercitare l'azione predetta *i creditori* delle persone alle quali era attribuita (art. 1234, cod. civile), ma nemmeno può essa trasmettersi da quelle persone ai loro eredi, nè a coloro che sarebbero stati chiamati a prestare il consenso, se all'atto del matrimonio fossero mancate le persone che nella prestazione di tale consenso erano ad essi preferite dalla legge.

Bisogna guardarsi però a questo proposito dal confondere cose e situazioni diverse, cadendo in un equivoco in cui taluni nostri scrittori (per es., il *Pacifici* ed il *Ricci*) sono effettivamente incorsi. La regola della personalità ed intrasmissibilità dell'azione di cui si tratta, è completamente esatta, sia rispetto agli *eredi* della persona a cui competeva l'azione, sia rispetto agli ascendenti di un grado *ulteriore*, i quali non possono, neppur nella loro qualità di parenti, raccogliere l'azione che apparteneva all'ascendente più prossimo, ora defunto; così, morto il padre, senza il cui consenso fosse stato contratto il matrimonio, non potrebbe l'azione esercitarsi dall'avo, nè in qualità di erede, ne in quella di ascendente; sempre perchè mancherebbe in lui il titolo d'agire ai termini precisi dell'art. 108, mentre nel caso, non dell'avo, ma del padre era *richiesto* il consenso (1). Ma all'opposto, tra gli ascendenti che erano chiamati a consentire *nello stesso grado*, benchè con prevalenza diversa del loro voto (la madre di fronte al padre, l'ava di fronte all'avo, gli ascendenti di una linea di fronte a quelli dell'altra — articoli 63-64), la morte di quello tra essi che avrebbe avuto voto preponderante sopra quello dell'altro lascia libero a quest'altro genitore od ascendente l'esercizio dell'azione di cui esso era investito legalmente, in

(1) Cf. Duranton, I, 876; Marcadé, art. 182, t. I, n. 648; Demolombe, III, 280; Aubry et Rau, § 462, nº 48 e 49; Laurent, II, 458; Pacifici-Mazzoni, loc. cit.; Ricci, loc. cit.

concorso del genitore od ascendente defunto, per causa del mancato consenso di questo, come più sopra fu dimostrato (1).

Resta però un altro punto dubbio in questo argomento: se il carattere di personalità e intrasmissibilità dall'azione in esame, per quanto riflette gli *eredi*, vieti a loro soltanto di *promuovere* l'azione che non fosse stata intentata dal proprio autore, o vieti loro anche di *continuarla* se da questo fosse *stata introdotta in sua vita*.

Non si può negare che le espressioni testuali dell'articolo 108 tenderebbero piuttosto a favorire la prima di queste opinioni, poichè esso determina le persone che possono *impugnare il matrimonio*, possono cioè *promuovere l'azione* in nullità, ma non vieta che quest'azione, una volta introdotta, possa essere continuata da chi rappresenti legittimamente quelle persone.

Tuttavia sembra doversi prendere in considerazione la teoria insegnata dal *Zachariae*, e seguìta poi dal *Demolombe;* secondo la quale si distinguerebbero gli eredi degli ascendenti da quelli dello sposo (2). Riguardo ai primi, è veramente incontestabile che non può esser loro concesso di continuare l'azione promossa dal loro autore; poichè gli ascendenti, intentando quell'azione, non fanno che esercitare un atto di autorità e di tutela verso il loro discendente; autorità e tutela che si estingue necessariamente colla loro vita, che è essenzialmente non trasmissibile, e non può pertanto nemmeno dar luogo a continuare dopo la loro morte l'esercizio di un'azione che, non riguardando punto l'interesse loro personale e pecuniario, non può considerarsi come facente parte dell'attivo patrimoniale che passa ai loro eredi. Riguardo invece agli eredi dello sposo, la cosa è seriamente disputabile; potendosi dire che lo sposo ha, in quell'azione attribuitagli

(1) V. sopra, n. 164, lett. *b*, pag. 689.

(2) V. Aubry et Rau sur Zachariae, § 462, n. 48; Demolombe, t. III, n[i] 259 e 279.

dalla legge, una *facoltà* la quale finchè non è dedotta ad esercizio è pure esclusivamente personale a lui, e quindi non trasmissibile; ma una volta dedotta in esercizio costituisce un *diritto* a lui proprio, avente effetti anche d'interesse pecuniario, e che perciò, formando parte attiva della successione, passa agli eredi. Senonchè la questione, in tale rapporto (come riconoscono anche gli autori che la risolvono nel senso ora indicato), mette capo allo stesso ordine di considerazioni al quale si connette l'altra questione già studiata, circa la trasmissibilità o meno agli eredi dello sposo dell'azione di nullità per vizi del consenso suo proprio (1); poichè anche la questione presente dipende sostanzialmente dal verificare se, e fino a qual grado un'azione che concerne principalmente lo stato personale possa avere attinenza col patrimonio della persona stessa, per gli effetti della trasmissione ereditaria, e se l'indole giuridica che sia propria dell'azione medesima possa rimanersenè modificata pel fatto che sia stata intentata, benchè non condotta a termine, dalla persona a cui competeva. Le conclusioni che ci parvero da adottare allora, debbono quindi mantenersi anche nel caso attuale.

165. Essendo *relativa* la nullità del matrimonio contratto senza il consenso degli ascendenti o del consiglio di famiglia o di tutela, nei casi in cui tale consenso era richiesto dalla legge, ne deriva, secondo le teorie sviluppate altra volta, che l'azione corrispondente possa rimanere estinta tanto per *ratifica* espressa o tacita, quanto per *prescrizione* (2).

La ratifica espressa o tacita può provenire così da coloro dei quali era richiesto il consenso, come dallo sposo stesso a cui tale consenso era necessario, allorchè que-

---

(1) V. sopra n. 161[bis], pag. 657-670.
(2) V. sopra, n. 144, p. 559 e seg.

st'ultimo sia giunto allo stato di piena capacità; non prima, perchè altrimenti l'atto medesimo di ratifica conterrebbe quel vizio a cui con esso vorrebbesi rimediare.

Tale è lo spirito generale della disposizione contenuta nell'articolo 109 del codice civile espresso come segue:

" L'azione di nullità, nel caso dell'articolo precedente, " non potrà essere promossa nè dai coniugi, nè dai pa- " renti dei quali fosse richiesto il consenso, quando il matri- " monio sia stato da questi ultimi espressamente o tacita- " mente approvato, o quando dalla notizia del contratto " matrimonio siano trascorsi sei mesi senza loro richiamo.

" Parimente l'azione non potrà essere promossa dal " coniuge che, dopo raggiunta la maggior età, ha la- " sciato trascorrere sei mesi senza richiamo „.

La legge adunque ammette, così pei parenti come per lo sposo, due mezzi di rinuncia all'azione di nullità di cui si tratta: o un fatto speciale di ratifica (espressa o tacita), o una causa di estinzione dell'azione, che opera *di diritto*, cioè il decorso di sei mesi, calcolato però diversamente secondo che si tratti dell'azione dei parenti o di quella dello sposo. È ovvio quindi che una ratifica speciale tornerà utile, solo quando sia emanata prima del compimento di questo termine. Ed è poi notevole che gli effetti della ratifica variano dai parenti allo sposo. Quindi la opportunità di esaminarla distintamente per quelli e per questo.

a) *Ratifica dei parenti.* — Sotto il nome di *parenti dei quali era richiesto il consenso*, deve intendersi compreso anche il consiglio di famiglia o di tutela; che chiamato dalla legge a consentire al matrimonio, può pure ratificarlo sia in modo espresso, sia tacito; salvo che questo secondo modo di approvazione riuscirà meno facilmente attuabile da parte del consiglio di famiglia, che funziona come corpo collettivo (1).

(1) Cf. Laurent, II, 463.

L'articolo dice in modo generico che il matrimonio contratto senza il voluto consenso di quei parenti, può essere da essi *espressamente o tacitamente approvato.* Onde apparisce evidentemente che la ratifica espressa non è vincolata a nessuna forma speciale; nè pure la ratifica tacita è limitata da circostanze particolarmente determinate dalla legge, dalle quali esclusivamente debba dedursi, ma può risultare da un complesso di fatti e presunzioni da cui i giudici, a loro prudente criterio, riconoscano doversi argomentare in quei parenti l'animo di approvare il matrimonio contratto senza il loro consenso.

La legge stessa però prevede una circostanza dalla quale, per presunzione legale, devesi ritenere accertata la volontà dei parenti di ratificare il matrimonio; ed è quando *dalla notizia della celebrazione* di esso siano trascorsi *sei mesi senza che quei parenti abbiano promossa l'azione di nullità.* Ciò importa che il termine qui regolato dall'art. 109 non ha una durata fissa e costante (come invece vedremo rispetto all'azione dello sposo), potendosene prolungare il compimento anche per anni, se solo tardivamente i parenti abbiano la notizia dell'avvenuto matrimonio (1).

La prova dell'approvazione espressa, o dei fatti dai quali si dedurrebbe la ratifica tacita, può farsi con qualunque dei mezzi permessi, non esclusa la prova testimoniale, e senza che possano qui applicarsi le norme comuni intorno alle prove delle obbligazioni, secondo le quali richiederebbesi per l'ammissibilità della prova testimoniale un *principio di prova per iscritto* (art. 1341, 1347, cod. civ.). Da una parte, infatti, il caso di cui ora trattiamo è ben diverso da quello in cui sia da provare la esistenza o l'estinzione d'una obbligazione comune, avente un oggetto puramente pecuniario; da altra parte la na-

---

(1) Salva la questione di cui ci occuperemo fra breve, se il raggiungimento della maggiore età dello sposo faccia cessare l'azione di nullità nei parenti.

tura dei fatti da provarsi, consistenti in circostanze della vita domestica, renderebbe nel maggior numero dei casi difficilissimo il poter presentare un principio di prova scritta, e sotto questo aspetto può scorgersi una stretta analogia tra il caso nostro e quello previsto dall'art. 1348 del cod. civile, in cui si ammette la prova testimoniale indipendentemente da qualunque principio di prova, ogniqualvolta non sia stato possibile alla parte di procurarsi la prova scritta.

Tutto ciò è confermato inoltre dalla discussione che fu fatta dalla Commissione di coordinazione su questo articolo 109 del codice.

Uno dei Commissari proponeva " che si dichiarasse " richiedersi sempre la prova scritta della approvazione " espressa o tacita del matrimonio dei minori per parte " di coloro dei quali fosse necessario il consenso ". Un altro espresse l'avviso che bastasse al desiderio del proponente la regola generale scritta nell'articolo 1347 del codice. Ma altri osservarono non doversi in questo caso speciale chiuder la via alla prova testimoniale, ancorchè manchi qualunque principio di prova scritta; non doversi procedere collo stesso criterio delle norme generali per le prove; perchè altrimenti rimarrebbero escluse " le prove più eloquenti e più preziose che possono risultare da fatti domestici e famigliari, dei quali si potrebbe difficilmente ottenere la prova scritta, come " sarebbero i fatti dell'avere l'ascendente visitati gli sposi, " averli invitati alla sua casa a mensa, e simili ". Fu sopra queste osservazioni, appoggiate dalla grande maggioranza della Commissione, che il proponente dichiarò di non insistere (1).

Il predetto articolo 109 stabilisce in termini espliciti che la ratifica espressa o tacita da parte degli ascendenti o del consiglio di famiglia o di tutela estingue l'azione per la

---

(1) V. Proc. verb., n. 8, § 5.

nullità, di cui il matrimonio era infetto a cagione della mancanza del loro consenso, *anche rispetto allo sposo* a cui quel consenso sarebbe stato necessario. È questa veramente una eccezione ai principii comuni, secondo i quali una azione di nullità, spettante ad una persona per causa di sua incapacità, non potrebbe mai esserle tolta per fatto d'un terzo.

Ma non è meraviglia che tale eccezione sia stata fatta riguardo al matrimonio, che non può essere posto nella sfera dei contratti ordinari, ed alla cui convalidazione era eminentemente interessato l'ordine pubblico. Inoltre questa eccezione è anche appoggiata ad altra grave considerazione; poichè se gli ascendenti od il consiglio di famiglia o di tutela suppliscono, con un'approvazione posteriore, al consenso che non prestarono all'atto del matrimonio, fanno con ciò stesso scomparire i motivi, di sospetto di seduzione, e di protezione al minore, che davan luogo alla nullità.

La ratifica espressa o tacita, emessa dalle persone che la legge chiamava a consentire al matrimonio, estingue l'azione di nullità per tutti coloro che avrebbero potuto promuoverla, compreso lo sposo al quale il consenso altrui sarebbe stato necessario, quando anche la ratifica medesima provenga da una sola delle persone o delle linee chiamate a consentire, nei casi in cui l'assenso di quella persona o di quella linea avrebbe bastato alla validità del matrimonio. Bisogna anzi aggiungere che la ratifica dei parenti, per avere un tale effetto, *deve* provenire precisamente da coloro che nel caso concreto avrebbero dovuto consentire al matrimonio, e la cui autorità può dunque dirsi essere stata offesa; per la ragione già indicata, che la facoltà di impugnare o di ratificare il matrimonio non è che una conseguenza legale del diritto antecedente di consentirvi. Così se tra il padre e la madre la ratifica procede dal primo, la madre non potrebbe più promuovere la dichiarazione di nullità; nè lo potrebbero gli ascendenti

della linea paterna o materna se quelli dell'altra linea avessero ratificato il matrimonio, poichè *il disparere tra le due linee equivale a consenso* (art. 64, § 2, cod. civ.) (1).

La legge non fissa nessun termine, decorso il quale non sia più ammissibile la ratifica espressa o tacita da parte dei parenti dei quali era richiesto il consenso. Avvi tuttavia un limite naturale, che non era necessario fosse dichiarato espressamente; ed è quando da quelle persone non potendo più essere esercitata l'azione di nullità, non sia quindi neppur possibile da parte loro la rinuncia a tale azione, che colla ratifica emetterebbero.

165 *bis*. Restano su questo tema alcune questioni non scevre di difficoltà.

1° Si può dubitare, per es., se gli ascendenti od il consiglio di famiglia o di tutela possano ancora promuovere l'azione di nullità *dopo la morte dello sposo* che avea bisogno del loro consenso. E questa questione ha dato luogo a dissenso di opinioni; reputando alcuni che la morte dello sposo, non cancellando il vizio di cui il matrimonio era infetto, non possa neppure estinguere l'azione di nullità che competeva ai parenti (2); mentre altri distinguono fra gli ascendenti ed il consiglio di famiglia, mantenendo l'azione di nullità quanto a quelli, e togliendola a questo, sul riflesso che l'azione degli ascendenti è ad essi attribuita per una qualità loro propria, che perdura anche dopo la morte del minore: l'azione invece del consiglio di famiglia sarebbe basata sulla rappresentanza del minore, e dovrebbe perciò cessare, quando manca il soggetto della rappresentanza (3); ed altri infine avvisano che colla morte

---

(1) V. Marcadé, art. 183, § 2, t. I, n. 652; Demolombe, t. III, n. 275. — Veggasi anche ciò che fu osservato al numero 164, pag. 685-688.

(2) V. Zachariae, § 462.

(3) V. Toullier, t. I, n. 613; Duranton, t. I, Ed. Brux., p. 293; Aubry et Rau, § 462, nª 56; Pacifici-Mazzoni, *Istit.* (2ª ediz.), II, 182, pag. 211; Borsari, *Comm.*, art. 109, § 291.

dello sposo l'azione di nullità cessi (1). L'ultima di queste dottrine sembra però meglio fondata; perciocchè l'azione di nullità conceduta agli ascendenti od al consiglio di famiglia, è basata essenzialmente nell'*autorità* che vien loro attribuita dalla legge sulla persona del minore, e quella autorità cessando alla morte della persona stessa, non pare ammissibile che le sopravviva l'azione di nullità esercibile dai predetti ascendenti o consiglio. È chiaro pertanto che una ratifica emessa dagli ascendenti o dal consiglio di famiglia o di tutela dopo la morte dello sposo sul quale essi esercitavano per mandato della legge la loro autorità, non potrebbe avere nessuna efficacia. Sembra però che sarebbe altrimenti qualora la morte avvenuta non fosse di quello degli sposi che trovavasi soggetto all'autorità degli ascendenti o del consiglio di famiglia, ma dell'altro; perciocchè allora non essendo cessata quella loro autorità sul minore, potrebbero ancora gli ascendenti od il consiglio predetti esercitare l'azione in nullità del matrimonio da lui contratto, e quindi potrebbero anche rinunciare efficacemente, con un atto di ratifica espressa o tacita, a quell'azione. E forse appunto questa distinzione, è quella che potrebbe conciliare le opposte opinioni.

2° Più difficile è l'altra questione, se l'azione di nullità si estingua per gli ascendenti o pel consiglio di famiglia dello sposo, quando quest'ultimo, *avendo raggiunta la maggiore età*, abbia acquistato capacità perfetta in ordine al matrimonio (2). Cessata da quel giorno l'autorità che quelle persone avevano per legge sopra di lui in ordine al matrimonio, non dovrà dirsi che si estingue rispetto a quelle persone, così l'azione di nullità ch'era loro attribuita, come la facoltà inversa di ratificare il matrimonio, e che quindi solo allo sposo divenuto ormai perfettamente

---

(1) V. Demolombe, t. III, n. 282.

(2) Si parla quindi, naturalmente, della maggiore età *speciale* pel matrimonio; anni 21 per le femmine, 21 o 25 pei maschi, secondo gli articoli 63 e 64.

capace spetti il decidere sulla sorte di esso? — La soluzione affermativa fu sagacemente difesa dal *Demolombe*, e da noi accettata altra volta (1).

Però questa dottrina ha incontrato opposizione assai viva; essendosi obbiettato che il testo dell'art. 109 (183, cod. Franc.) non dichiara estinta l'azione degli ascendenti per la maggiore età dei figli; che la legge concede l'azione agli ascendenti non solo nell'interesse e per la protezione dei discendenti, ma anche nell'interesse loro proprio, in vista cioè delle conseguenze che essi dovrebbero subire dal matrimonio contratto senza il loro consenso; che la soluzione opposta apre l'adito a gravi inconvenienti, rendendo possibili le frodi per eludere l'azione degli ascendenti, tenendo loro celato il matrimonio fino al giorno in cui lo sposo abbia raggiunta l'età maggiore; che, infine, se la cessazione dell'autorità degli ascendenti permetterebbe allo sposo di rinnovare immediatamente la celebrazione del matrimonio che si vorrebbe impugnare, ciò non costituisce una ragione sufficiente per negare ad essi il diritto di far dichiarare nulla la celebrazione anteriore (2).

Malgrado la serietà di questi argomenti, persistiamo a ritenere preferibile la dottrina del *Demolombe*. A noi sembra doversi partire dal principio che l'impugnare o il ratificare il matrimonio già contratto dal discendente, costituisce per gli ascendenti *l'esercizio di un atto di autorità* sullo sposo, nè più nè meno come la prestazione stessa del consenso al tempo della celebrazione. È quindi nella natura stessa delle cose che, raggiunta dallo sposo l'età maggiore, e divenuto egli indipendente così dagli ascendenti come dal consiglio di famiglia, a lui solo appartenga il determinarsi sulla conservazione o sull'annullamento del matrimonio in cui si è legato; talchè può dirsi che

(1) V. Demolombe, III, 282, 291; v. la 1ª edizione di questo Corso, II, n. 92, pag. 280-281.

(2) V. Aubry et Rau, § 462, nª 55; Laurent, II, 466; Pacifici-Mazzoni, loco citato.

occorrerebbe una dichiarazione formale di legge (ritorcendo l'argomento del *Laurent*) per ammettere il contrario. Certo, anche dopo la maggiore età dello sposo, l'ascendente conserva la qualità di ascendente; ma egli ne perde un'altra, perde l'autorità che aveva in precedenza, e con essa gli manca il titolo ad ingerirsi dello stato coniugale in cui siasi posto l'ex minore, il quale oggi può essere un uomo di 30 o 40 anni! — È insomma la stessa ragione per la quale (come vedremo sull'art. 112) il matrimonio contratto dall'interdetto, cessato che sia lo stato d'interdizione, non può essere impugnato che da lui solo. — Guardando poi anche al testo medesimo dell'art. 109 (183, cod. Franc.), sembra pure fondata l'osservazione che esso presta veramente argomento favorevole alla nostra opinione; poichè, mentre il § 1° di esso, rispetto alla ratifica emessa dai parenti, dichiara espressamente che questa estingue l'azione e per essi e per lo sposo; il § 2 invece, considerando la ratifica che provenga dallo sposo, dopo la sua maggiore età, parla soltanto dell'azione che sarebbe spettata a lui; il che dimostra che in tal caso la legge non si preoccupa ormai che dell'azione competente allo sposo, ritenendo che solo di questa sia rimasto possibile l'esercizio. E infine l'obbiezione tratta da ciò che l'azione di nullità sia concessa agli ascendenti, anche per l'interesse loro proprio e personale, in vista degli oneri che potrebbero risentire dal matrimonio contratto senza il loro consenso: è una obbiezione che ingenera un vero circolo vizioso, poichè è ben chiaro che gli effetti legali di un matrimonio verso i parenti sorgono qualunque sia l'età degli sposi che lo contraggono, e intanto la legge non richiede l'assentimento degli ascendenti, se non quando lo sposo sia al di sotto di una certa età; il che prova che, in ultima analisi, è sempre per considerazione dello stato personale di lui, che si richiede l'approvazione dei parenti. Di fronte a ciò, neppur giova accampare i pericoli e gli inconvenienti della soluzione proposta; il criterio

della quale va desunto solo dai principii della legge, e secondo questi è nella natura delle cose, ripetiamo, che lo sposo giunto all'età maggiore non dipenda che da sè stesso, anche per la conservazione di quello stato coniugale che sarebbe viziato solo per una causa riguardante una condizione di cose ora mutata; il che fa cessare negli ascendenti di lui la qualità che essi dovrebbero possedere attualmente, sia per impugnare il matrimonio da lui contratto, sia anche per ratificarlo.

3° Infine, un'altra questione, non meno importante e delicata, sorge sul punto se la ratifica degli ascendenti o del consiglio di famiglia o di tutela possa essere anche *posteriore alla introduzione dell'azione* di nullità da parte dello sposo, e possa quindi avere l'effetto di troncare l'azione da questo promossa.

La risposta negativa si presenta spontanea al pensiero, stante il principio generale che la ricevibilità di un'azione deve sempre essere giudicata secondo lo stato di cose in cui essa fu intentata, sicchè non possa influire a renderla inaccoglibile il fatto di terze persone, sopravvenuto a giudizio pendente (1).

Gravi obbiezioni furono però sollevate in contrario; osservando che la ratifica emessa dalle persone a cui la legge rimetteva la facoltà di consentire al matrimonio del minorenne, come avrebbe senza dubbio impedito allo sposo di potere intentare l'azione di nullità (art. 106, § 1), così debba pure avere l'effetto di troncarne il corso, a giudizio iniziato, poichè in amendue i casi tale ratifica distrugge ogni fondamento dell'azione medesima, dimostrando che il matrimonio non era nè il risultato di seduzione, nè in sè stesso gravemente sconveniente: che sarebbe strano e sarebbe un criterio di soverchio formalismo legale, l'ammettere che la convalidazione o l'annullamento del matrimonio

---

(1) Cf. AUBRY et RAU sur ZACHARIAE, § 462, n[a] 54; e la 1[a] ediz. di questo Corso, II, n. 92, p. 281.

potesse dipendere soltanto dalla maggiore o minore sollecitudine dello sposo nel prevenire colla citazione per nullità la ratifica che stava per emettersi dagli ascendenti o dal consiglio di famiglia; il che farebbe dipendere l'applicazione della legge e l'esercizio del diritto di questi, da mere accidentalità di fatto: infine, che la dottrina contraria produrrebbe la possibilità di abusi e di frodi da parte dello sposo, il quale, dopo avere conculcata l'autorità degli ascendenti, conculcherebbe ancora la fede coniugale, affrettandosi ad instaurare l'azione di nullità, prima che i parenti avessero avuto notizia del suo matrimonio, mentre i parenti stessi, proponendosi di ratificarlo, non farebbero che impedirgli di commettere un secondo fallo più grave del primo (1).

Se non erriamo però, tutte queste ragioni, malgrado il loro intrinseco valore, potrebbero giovare piuttosto per una disposizione di legge da farsi, che non per la deduzione e l'applicazione dei principii della legge positiva. Sotto questo aspetto, il solo a cui può attenersi l'interprete (che può riunire ma non confondere l'ufficio suo con quello di critico), abbiamo un testo di legge nell'art. 109, il quale si limita a dirci che " non potrà essere *promossa* l'azione di nullità ", dopo che il matrimonio sia stato approvato dalle persone di cui sarebbe stato necessario il consenso. Letteralmente adunque, il divieto di promuovere o intentare l'azione, non implica il divieto di continuare l'azione che, prima di quell'approvazione, si trovi già intentata; il che è diverso. Ora si può anche ammettere che l'ipotesi di un'azione già introdotta dallo sposo, non siasi presentata al pensiero dei nostri legislatori (malgrado la discussione avvenutane in Francia); ma certamente la forza oggettiva del testo è tale da obbligare

---

(1) V. Duranton, I, 304; Valette sur Proudhon, I, p. 435, n[a] *a;* Demolombe, III, 275; Borsari, *Comm.*, art. 109, § 292.
Autori più recenti, a quanto ci consta, non si occupano della questione.

l'interprete ad esaminare se siavi perfetta parità di ragione fra il caso contemplato e il caso omesso, così da poter estendere al secondo la regola che troviamo posta pel primo. E se la indagine dei motivi della legge lasci luogo a dubbio, l'interprete dovrà, nel dubbio, attenersi semplicemente alla lettera della legge.

Ciò posto, non sembra che le obbiezioni surriferite sieno di valore così sicuro e perentorio, da ritenere dimostrata nell'art. 109 una portata che andrebbe oltre i confini della sua espressione testuale. Sta bene il dire, genericamente, che l'approvazione dei parenti, successiva al matrimonio, fa venir meno la causa della nullità, consistente appunto nella mancanza del loro consenso. Ma questo non basta per decidere la questione presente; tanto vero, che se la approvazione dei parenti sopravvenisse a giudizio finito, benchè fosse così dimostrata insussistente la ragione dell'annullamento, non per questo certamente la dichiarazione di nullità resterebbe paralizzata. Vuol dire dunque che il lato formale del diritto, contro cui si crede di potere insorgere, spiega qui un effetto logico e necessario; e come nel caso di una approvazione posteriore alla sentenza (1), trattasi di vedere non già se ora vi sarebbe più motivo alla nullità del matrimonio, ma solo di vedere se siasi ben giudicato annullandolo allo stato delle cose, così nel caso di un'approvazione posteriore alla domanda di nullità, trattasi di vedere se allo stato delle cose questa sia stata legittimamente inoltrata, e debba quindi essere valutata dal giudice in relazione al momento in cui fu presentata. Ora chi potrà negare che il coniuge abbia agito legittimamente, secondo l'art. 109, proponendo la sua azione, prima che fosse stato emesso l'atto di ratifica

---

(1) Si noti che anche la precedenza della dichiarazione giudiziale di nullità, rispetto all'atto di approvazione dei parenti, potrebb'essere un semplice effetto di quelle stesse accidentalità di fatto, sulle quali crede di far tanto assegnamento il Borsari, per ritenere insignificante che la domanda di nullità prevenga l'approvazione dei parenti.

dei parenti? Ecco perchè ci sembra che quando il *Demolombe* insinua l'idea che il diritto del coniuge attore sia un diritto *condizionale*, subordinato cioè alla circostanza che il matrimonio non venga poi approvato dai suoi parenti, egli cada con ciò, senza avvedersene, in una petizione di principio; mentre questo preteso carattere di un diritto condizionale, sarebbe precisamente il risultato e la conseguenza della sua tesi, dimostrata che fosse. E il medesimo vizio di ragionamento ricorre pure nell'altra considerazione per cui si dice che lo sposo, affrettandosi a spiegare l'azione di nullità, onde prevenire la ratifica degli ascendenti o del consiglio di famiglia o di tutela, commetta un secondo fallo che da questi si vorrebbe impedire; mentre è abbastanza chiaro che per parte del coniuge vi è semplicemente l'esercizio di un suo diritto; e se anche voglia supporsi che in qualche caso speciale, l'uso di questo diritto assuma una forma maliziosa, per approfittare del momento in cui l'approvazione dei parenti non sia ancora intervenuta, l'ovviare a questo possibile inconveniente spetterebbe unicamente all'autorità della legge.

Tutto considerato adunque, sembra partito più sicuro attenersi al principio generale che la ricevibilità di una azione va giudicata, come se la sentenza susseguisse immediatamente alla domanda, e attenersi insieme al testo dell'art. 109, il quale dichiara che l'approvazione dei parenti impedisce al coniuge di promuovere, dopo di essa, l'azione di nullità, senza dichiarare però che tale approvazione possa altresì arrestare un'azione che in precedenza sia stata dedotta in giudizio.

165 *ter*. b) *Ratifica dello sposo*. — Lo sposo il cui matrimonio è annullabile per mancanza di consenso delle persone destinate dalla legge a prestarlo, può egli pure ratificare il matrimonio in modo tanto *espresso* quanto *tacito*, sebbene il § 2 dell'art. 109 parli soltanto d'una specie di *ratifica tacita*. La ratifica tacita però non può risultare

da altre circostanze fuorchè dall'avere lo sposo lasciato trascorrere il termine di *sei mesi* senza fare richiamo, cioè senza promuovere l'azione di nullità (1).

La disposizione corrispondente dell'art. 183 del codice Francese era diversa, sia quanto al termine in sè, che era stabilito ad un anno, sia quanto al punto di decorrenza, che era fissato dal giorno in cui lo sposo “ *è giunto all'età* “ *competente per acconsentire da sè stesso al matrimonio* „.

Di qui nasceva questione se il termine d'un anno dovesse decorrere, tanto per l'uomo quanto per la donna, dal giorno in cui avessero raggiunta la maggiorità ordinaria, avessero cioè compiuto il 21° anno, ovvero se per l'uomo dovesse decorrere il termine ora dal compimento dei 21, ora dei 25 anni, secondo che non avesse od avesse superstiti ascendenti. E quantunque vi fosse intorno a ciò diversità di opinioni, pareva però meglio fondata quella la quale riteneva che, mentre per la donna il termine doveva sempre decorrere necessariamente dal compimento del 21° anno, per l'uomo invece decorresse pure dal medesimo giorno se al tempo della celebrazione del matrimonio non fosse superstite e capace nessuno degli ascendenti dello sposo; in caso diverso non potesse mai cominciare quel termine prima del 21° nè dopo il 25° anno compiuto, ma nel tempo intermedio cominciasse da quel giorno qualunque in cui lo sposo fosse divenuto indipendente dall'autorità degli ascendenti in ordine alla celebrazione del matrimonio (2).

Il nostro articolo 109, § 2, usa un'espressione diversa, poichè stabilisce il termine di sei mesi *dopo raggiunta la maggior età* dallo sposo.

Potrebbesi veramente dubitare, ciò non ostante, se si

---

(1) V. sopra n. 144, pag. 560; Marcadé, art. 183, § III, t. I, n. 653; Demolombe, t. III, n[i] 287, 288; Laurent, II, 465. — Contro, Aubry et Rau, § 462, nota 61.

(2) V. Marcadé, art. 183, § III, t. I, n. 653; Demolombe, t. III, n[i] 284, 285; Laurent, II, 464.

intenda con quelle parole di riferirsi alla *maggiorità ordinaria*, od alla *maggiorità speciale* relativa al matrimonio, che si estende fino ai 25 anni pel figlio, il quale abbia viventi e capaci i propri genitori od uno di essi (art. 63, cod. civ.). Ma, oltre al significato che può avere il cambiamento introdotto nel nostro articolo, a confronto dell'art. 183 del codice Francese, colla formola più assoluta che è stata adottata dal codice Italiano, concorre anche un'altra considerazione che sembra decisiva. Per una modificazione introdotta nell'art. 108 dalla Commissione coordinatrice, fu ammessa, come abbiam visto, la massima che il matrimonio annullabile per essere stato contratto dal *figlio minore di 25 anni*, senza avere ottenuto il consenso dei genitori, non potesse essere impugnato dal figlio stesso che all'atto della celebrazione avesse già compiuto il 21° anno (art. 108, § 2, cod. civ.). Era quindi conseguente a questo principio che il figlio, il quale avesse contratto il matrimonio senza il consenso dei genitori, prima di avere compiuto il 21° anno, giunto che fosse alla maggiorità ordinaria, sebbene non avesse ancora compiuto il 25°, potesse *quanto a sè* ratificare efficacemente, sia in modo espresso, sia in quel modo tacito che è ammesso dalla legge, quel matrimonio che, se venisse da lui contratto nuovamente nel tempo in cui lo ratifica, non potrebbe più essere attaccabile di nullità da parte sua.

La ratifica fatta dal coniuge giunto alla maggiore età non produce altro effetto, secondo i termini testuali dell'art. 109, § 2, fuor questo, che *l'azione di nullità non potrà essere promossa dal coniuge* medesimo. E ciò è naturalissimo allorchè il coniuge, avendo toccata l'età maggiore di 21 anni, sia reso affatto indipendente dall'autorità altrui in ordine al matrimonio, quando cioè si tratti della sposa, ovvero dello sposo che non abbia superstite e capace nessuno dei genitori; poichè allora, come fu dimostrato, l'azione di nullità, in quanto apparteneva alle persone di cui era necessario il consenso al matrimonio, rimane di

per sè estinta, nè può quindi avere su di essa ulteriore influenza la ratifica espressa o tacita dello sposo (1). Ma quand'anche *lo sposo*, avendo viventi e capaci i genitori, od uno almeno di essi, sia giunto alla maggiorità ordinaria, ma non abbia ancora compiuto il 25° anno, la ratifica da lui emessa non ha effetto che relativamente a lui solo.

Se non che allora appunto perciò, e perchè vive ancora l'azione colla quale i genitori possono impugnare il matrimonio contratto dal figlio senza il loro consenso, questa azione rimane per essi impregiudicata dalla rinuncia che vi ha fatto il figlio medesimo, colla ratifica espressa o tacita.

166. *D*) *Azione di nullità per causa d'interdizione.* — Dobbiamo qui pure riferirci ai principii sviluppati altrove, per quanto riguarda lo stato d'interdizione giudiziale, considerato come impedimento dirimente al matrimonio; ricordando sopra tutto come non sia da confondere l'*incapacità naturale* che deriva dal fatto di una infermità mentale, esistente nella persona all'atto stesso in cui contrae matrimonio, colla *incapacità legale*, di carattere permanente, che deriva dallo stato giuridico in cui è posto chi è interdetto per abituale infermità di mente (art. 61, § 1, cod. civ.); teoria questa molto incerta e discussa nel diritto francese, ma opportunamente riconosciuta dal codice Italiano (2).

Occupandoci ora solo di ciò che riguarda l'*azione* di nullità, dipendente da questa causa, di cui tratta l'art. 112, cod. civ., appena occorre di avvertire, dopo le massime più volte dimostrate, che le norme di legge concernenti l'esercizio di tale azione sono indubbiamente *tassative*, sicchè non da altri che dalle persone espressamente con-

---

(1) V. sopra, n. 165 bis, pag. 703.
(2) V. sopra, n. 89-90, p. 338 e seg.

template in quell'articolo potrebb'essere esercitata l'azione di nullità. Esso l'attribuisce *all'interdetto medesimo, al suo tutore, al consiglio di famiglia ed al pubblico ministero.*

È notevole — cominciando dall'interdetto — la modificazione che dalla Commissione coordinatrice fu deliberata sul corrispondente articolo 121 del progetto Senatorio; il quale parlava soltanto del *tutore*, del *consiglio di famiglia* e del *pubblico ministero*. Ma uno dei commissari propose che si dovesse " aggiungere la facoltà *nell'interdetto* " d'impugnare egli stesso il suo matrimonio, che sia nullo " a termini dell'art. 70 (61 del codice), poichè nello stesso " modo che si dà questa facoltà ai minori ed altri inca- " paci, la si debba anche accordare all'interdetto, *quando* " *abbia ricuperata la sanità di mente*, o *quando sia stata ri-* " *vocata la sentenza d'interdizione* „. E questa riforma al predetto art. 121 (112 del codice) fu accolta ad unanimità (1).

Da ciò si fa palese che, cessata la *causa* dell'interdizione (ossia ricuperata effettivamente la sanità di mente), l'interdetto medesimo potrebbe di propria volontà impugnare il matrimonio che in quello stato avesse contratto, non ostante che la sentenza d'interdizione non fosse ancora stata rivocata (art. 338, cod. civ.), e non ostante che il tutore ed il consiglio di famiglia non concorressero nell'esercizio di quell'azione, od anche manifestassero espressamente una volontà contraria. Ed era ben giusto che così si disponesse; giacchè altrimenti, non potendosi rivocare l'interdizione fuorchè *ad istanza dei parenti, del coniuge o del pubblico ministero,* potrebbe avvenire che l'interdetto, quantunque tornato ad uno stato di mente perfettamente sana, fosse tuttavia costretto per volontà altrui, a rimanere vincolato in un matrimonio infetto di nullità, per essere stato da lui contratto durante la interdizione.

---

(1) V. Proc. verb., n. 8, § 6.

Tuttavia non vi è concordia degli scrittori nostri in questo punto, sebbene il tema per essi formi oggetto piuttosto di affermazioni, in un senso o nell'altro, che non di discussione.

Che l'interdetto medesimo, secondo l'art. 112, possa impugnare il matrimonio da lui contratto, per ciò solo che abbia ricuperata la sanità di mente, e quindi la sua *capacità naturale*, quantunque non sia ancora revocata la sentenza d'interdizione: fu ammesso esplicitamente dalla Commissione coordinatrice nel passo dianzi riferito. È innegabile però che i lavori preparatorii darebbero altrove risultanze e argomenti in senso contrario.

In altra seduta, discutendosi sull'art. 338 del codice, e sulla questione se si dovesse permettere all'interdetto medesimo di chiedere la revocazione della interdizione, uno dei commissari osservò che già era stata accolta la soluzione negativa dalla Commissione senatoria, “ per due “ gravissime considerazioni; — la prima che, accordata “ all'interdetto la facoltà di domandare la revoca dell'in- “ terdizione, siffatte domande sarebbero tanto frequenti, “ che i magistrati mal potrebbero provvedere; — la se- “ conda, che dichiarandosi essere l'interdizione rivocabile “ ad istanza dei parenti del coniuge e, più ancora, del “ Pubblico Ministero, resta ampiamente provveduto alla “ tutela dell'interdetto medesimo, nè è da temersi che si “ mantenga l'interdizione, quando sia cessata la causa che “ vi abbia dato luogo „. — Un altro dei commissari domandò allora se questa deliberazione riguardo all'interdetto, non fosse per avventura in contraddizione con quanto è prescritto nell'art. 112, secondo il quale il matrimonio di chi sia stato interdetto per infermità di mente, potrà essere impugnato *dall'interdetto* medesimo. “ *Ma la* “ *Commissione riconosce che non vi è contraddizione alcuna,* “ *perchè quando si parla nell'art.* 112 *dell'interdetto, s'in-* “ *tende dell'interdetto che abbia cessato di essere tale per* “ *l'avvenuta revocazione dell'interdizione. Finchè dura l'in-*

“ *terdizione, egli non è persona capace di impugnare il ma-*
“ *trimonio o di fare altro atto giuridico qualsiasi* „ (1).

Parrebbe da ciò risultare, colla maggiore evidenza possibile, che il significato dell'art. 112, in quanto concede *all'interdetto medesimo* il diritto di impugnare il suo matrimonio, non sia quello che sopra abbiamo indicato, e si riferisca solo all'azione esercibile dall'interdetto, *dopo che sia revocata la sentenza d'interdizione.*

Ma pure sta in fatto, per quanto debba apparire singolare, che risultanze ulteriori dei lavori preparatorii suonano ancora in senso diverso da quello riferito ora per ultimo.

Intanto la Relazione ministeriale al re, sembra far ritorno al concetto primitivo della Commissione coordinatrice, poichè ivi si dice: “ Sapientemente fu provveduto
“ coll'art. 112 alla sorte dell'interdetto, abilitandolo ad
“ impugnare *di per sè* il matrimonio viziato per nullità,
“ *posciachè abbia egli ricuperata la sanità di mente, ovvero*
“ *la sentenza d'interdizione sia stata rivocata* „ (2).

Più significativo ancora (non in ordine di tempo, ma per la sua indole intrinseca) è un passo della relazione della Commissione del Senato, dove si avverte: “ Inoltre
“ la Commissione avendo considerato che l'interdetto è
“ incapace di stare in giudizio, *investì il di lui tutore* del-
“ l'esercizio dell'azione di nullità, che il progetto attri-
“ buisce all'interdetto medesimo „ (3). Qui è evidente che s'intendeva bensì di non riconoscere all'interdetto, finchè non fosse revocata l'interdizione, e quand'anche egli avesse ricuperata la sanità di mente, la facoltà di promuovere l'annullamento del suo matrimonio; ma, coerentemente a

---

(1) V. Proc. verb., n. 39, § 1.

(2) Relazione sul cod. civile fatta a Sua Maestà dal ministro guardasigilli Vacca nella udienza del 25 giugno 1865 (sul Libro I del codice, n. 8 in fine).

(3) Relazione della Commissione del Senato sul progetto del codice civile, tornata 16 giugno 1864 — Libro I (relatore Vigliani), n. 67.

ciò, si proponeva di *sopprimere* la dichiarazione del progetto ministeriale che accordava l'azione di nullità *all'interdetto medesimo* (dichiarazione che intanto ritroviamo nel testo dell'art. 112), per investire di tale azione il tutore di lui.

Ciò stante, non farà meraviglia se gli scrittori nostri, ricorrendo all'una od all'altra di quelle fonti legislative, giunsero a conclusioni discordi, per determinare in che senso sia dall'art. 112 accordata l'azione *all'interdetto* medesimo (1).

Per parte nostra, diciamo che quando non riuscisse di superare le incertezze e le ambiguità dei lavori preparatorii su questo punto, l'unico partito per l'interprete dovrebbe essere quello di seguire l'insegnamento direttivo dello *Zachariae* (§ 41), cioè d'interpretare il codice *per sè medesimo*. Ma in verità non ci sembra impossibile un apprezzamento comparativo sul valore dei documenti surriferiti. Non diremo dunque che essi vengano ad equilibrarsi, in quanto se ne hanno numericamente due in un senso, e due in un altro. Dovremo piuttosto osservare, per quanto prima concerne i due citati processi verbali della Commissione di coordinamento, che il secondo di essi non contiene (come potrebbe credersi) una semplice spiegazione del primo, ma in realtà ne contraddice e ne rinnega il concetto; poichè nel verbale n. 8 si era accolto ad unanimità il criterio di stabilire una *parità di trattamento* fra

---

(1) Aderiscono alla opinione nostra: Pacifici-Mazzoni, *Istit.* (2ª ediz.), II, 177; Saredo, *Trattato di dir. civ.*, I, 177; Buniva, *Dir. delle persone*, I, pag. 217.

È contrario il Borsari che scrive (*Comm.*, art. 112, § 295, *C*, in nota): “ Non basterebbe che l'interdetto avesse ricuperata in effetto la sanità di “ mente, se non avesse fatta revocare la interdizione. Niun giudice gli per- “ metterebbe l'azione, e si dovrebbe rispettare lo stato giuridico presente „.

Curioso è il Ricci che in un punto, trattando del matrimonio, risolve la questione nel senso del Borsari; più innanzi, trattando della interdizione, si disdice, sostenendo colla medesima sicurezza e chiarezza la soluzione opposta, dicendo anzi che il tutore *non può agire in nome dell'interdetto*, il che intanto è smentito dal testo preciso dell'art. 112. — V. la sua 1ª ediz., t. I, nⁱ 162 e 490; la 2ª ediz., t. I, parte I, n. 303, e parte II, n. 304.

il minore e l'interdetto, accordando ad entrambi, malgrado la loro incapacità civile, il diritto di impugnare il proprio matrimonio; laddove coll'opinione affermata nel processo verbale n. 39 (che l'interdetto, finchè rimane tale, non abbia capacità d'intentare quell'azione), è ben chiaro che l'interdetto medesimo non sarebbe più trattato per questo riguardo allo stesso modo del minore. Comunque sia di tale incongruenza di idee, una cosa di fatto è certa; ed è che la Commissione coordinatrice si è in ultimo limitata a dare un commento dell'art. 112, senza però modificarne il tenore, quale era stato fissato nella seduta anteriore.

Quanto agli altri due documenti, quello contenuto nella relazione ministeriale al Re (1) ha un significato indubbiamente conforme alla tesi che l'interdetto possa esercitare l'azione, anche se non sia stata revocata l'interdizione, purchè egli abbia ricuperata la sanità di mente. Bisogna riconoscere però che essa pure non ha altro valore che quello di una autorevole interpretazione (successiva alle altre) della disposizione della legge. — Di maggiore importanza è per noi, come fu avvertito, la deduzione che deve trarsi dalla relazione della Commissione del Senato (2); la quale volendo negare all'interdetto la facoltà di impugnare il suo matrimonio, finchè perduri lo stato di interdizione, aveva tradotto il suo pensiero in un fatto, cioè nella soppressione dell'inciso che attribuiva l'azione all'interdetto medesimo, investendone soltanto il tutore di lui. Ora, lasciando pur stare i pensamenti espressi da coloro che parteciparono alla elaborazione del codice, che cosa troviamo nel testo definitivo dell'art. 112? Precisamente la ripristinazione delle parole “ *all'interdetto medesimo* ” che si leggevano nel Progetto ministeriale, e che si erano volute togliere, per un intento più restrittivo, dalla Commissione del Senato. È chiaro quindi che se più tardi la

---

(1) V. Sopra, pag. 715, nª 2.
(2) V. Sopra, pag. 715, nª 3.

Commissione di coordinamento voleva rendere *efficace* l'avviso suo, nello stesso senso restrittivo, avrebbe dovuto procedere ad una nuova soppressione di quell'inciso; appunto perchè quest'aggiunta, da essa in precedenza deliberata, aveva avuto lo scopo e l'effetto di estendere la attribuzione soggettiva dell'azione, oltre quanto aveva proposto la Commissione del Senato.

Guardando ora al testo dell'art. 112, come si trova scritto, non si può negare che esso accorda l'azione *all'interdetto medesimo*, senza distinzioni nè limitazioni; e l'interpretarlo come referibile solo a chi *era*, ma non sia più, interdetto, è un forzare evidentemente il senso naturale della legge; anzi allora non si comprenderebbe più come l'articolo enunci l'interdetto *insieme al tutore ed al consiglio di famiglia*, mentre costoro (come ora vedremo) possono agire soltanto finchè duri lo stato della interdizione. Anche l'interdetto adunque, benchè legalmente tale, potrà esercitare l'azione di nullità; ad una sola condizione, ch'egli abbia la capacità naturale di volere. E ciò del resto pone la disposizione della legge, così intesa, in piena armonia coll'altra che autorizza ad agire lo sposo minore (art. 104, 108). — Quanto poi al verificare se l'interdetto, ritornato allo stato di mente sana, possa avere maggiore interesse ad intentare immediatamente l'azione di nullità, discutendo incidentalmente in questo giudizio la questione della sua effettiva guarigione, o piuttosto a far precedere un giudizio ordinario di revoca dell'interdizione: è cosa che dipenderà dalle circostanze, e sopra tutto dai rapporti famigliari dell'interdetto coi suoi congiunti.

A parte ora ciò, sembra logico che qualora la sentenza d'interdizione fosse stata rivocata, l'interdetto che avrebbe ricuperata la piena sua capacità, non solo sarebbe fra le persone alle quali apparterrebbe l'azione di nullità, ma anzi *egli solo* potrebbe esercitarla; imperocchè cessando lo stato d'interdizione, si estingue contem-

poraneamente ogni autorità del tutore e del consiglio di famiglia sulla persona dell'interdetto; quell'autorità in forza della quale soltanto è concessa al tutore, al consiglio di famiglia, la facoltà d'impugnare il matrimonio che l'interdetto avesse contratto. Ritornato l'interdetto allo stato di piena capacità, è naturale che dalla sola sua volontà debba dipendere il provocare o no l'annullazione del matrimonio al quale egli erasi vincolato durante la interdizione.

Non crederemmo quindi fondato l'argomentare in contrario dal disposto del § 2, dello stesso art. 112; che, letteralmente, ammetterebbe la possibilità dell'azione nel tutore e nel consiglio di famiglia, anche dopo revocata la interdizione, entro il termine di tre mesi.

Il tutore, il consiglio di famiglia, il pubblico ministero sono investiti concorrentemente dalla legge dell'azione in nullità; cosicchè ciascuno di essi può esercitarla per propria iniziativa indipendentemente dall'altro, nè il tutore ha bisogno di esservi autorizzato dal consiglio di famiglia, nè questo ha bisogno di farsi rappresentare nell'esercizio di quell'azione dal tutore, ed il pubblico ministero può promuoverla anche *d'ufficio* (1).

166 *bis.* La nullità di cui si tratta può anch'essa come tutte le nullità *relative*, essere coperta o colla *prescrizione* o colla *ratifica* espressa o tacita.

Quanto alla prescrizione, non può essere che la ordinaria di 30 anni; non quella di cinque anni stabilita dall'art. 1300 del codice per l'azione di nullità dei contratti comuni; come fu già dimostrato (2).

---

(1) Si accorda l'azione anche *al tutore* dell'interdetto ed *al consiglio di famiglia;* perchè qui la causa della nullità esclude che la impugnazione del matrimonio costituisca un atto strettamente personale, da non poter essere esercitato per mezzo di rappresentante; come vedemmo verificarsi invece rispetto alla nullità che dipenda da vizio di consenso (sopra, n. 161, pagina 650 e seg.). La posizione dell'interdetto che contrasse matrimonio, presenta piuttosto analogia con quella del minore.

(2) V. Sopra, n. 144, p. 561 e seg.

Quanto alla ratifica *espressa*, di cui la legge qui non parla, ma che è senza dubbio ammissibile in forza dei principii generali di diritto, trattandosi di nullità relativa (1), basterà avvertire: 1° che tale ratifica non può essere efficace se non *dopo che sia cessato lo stato di interdizione*, mentra prima di questo momento l'atto di ratifica sarebbe infetto del medesimo vizio di cui si vorrebbe sanare il matrimonio; d'altronde questa medesima condizione è richiesta dalla legge, come ora vedremo, anche per la ratifica tacita, nè saprebbesi sotto questo riguardo immaginare ragione alcuna di differenza tra l'un caso e l'altro: 2° che perciò stesso, la ratifica di cui si parla è ammessibile solo *da parte del coniuge stesso* che era interdetto, posto che (v. n° precedente, in fine) col cessare della interdizione, vien meno ogni autorità del tutore e del consiglio di famiglia sulla persona dell'ex-interdetto, nè quindi la loro volontà può più spiegarsi, sia per impugnare, sia per convalidare quel matrimonio (2).

Quanto poi alla ratifica *tacita*, la legge ne riconosce un solo modo il quale perciò è da considerarsi come enunciato *tassativamente* (3); ed è regolato nel § 2 dell'art. 112, che porta: " L'annullamento non potrà più " pronunciarsi, se la coabitazione continuò per tre mesi " dopo revocata l'interdizione ".

Non occorre insistere sul motivo per cui il termine dei tre mesi non può correre fuorchè dal giorno in cui

---

(1) V. Sopra, n. 144, p. 560.

(2) Qualora si potesse credere invece (contrariamente alla opinione nostra) che anche dopo revocata l'interdizione, permanga l'azione di nullità nel tutore e nel consiglio di famiglia, dovrebbe ammettersi per essi anche la possibilità di una ratifica. Allora però si dovrebbe altresì riconoscere che la ratifica del coniuge o quella del tutore o del consiglio di famiglia avrebbero di necessità un effetto *relativo* alla persona che vi sia addivenuta, senza che potesse pregiudicare l'azione distinta e indipendente che competerebbe ad altre persone.

(3) Cf. sopra, n. 165ter, pag. 709.

sia stata proferita la sentenza definitiva (1) *di revoca della interdizione*, come dice in termini l'art. 112; fino a quel giorno lo stato d'interdizione impedisce necessariamente ogni effetto giuridico dell'acquiescenza al matrimonio per parte della persona colpita dall'interdizione.

Non è poi il solo decorso dei tre mesi, ma l'essersi verificata la *coabitazione* degli sposi durante quel tempo, che fa presumere per legge la ratifica. E quanto ai caratteri della coabitazione non abbiamo che da richiamare le nozioni esposte analogamente in ordine all'art. 106 (2).

È poi necessario che il tempo di tre mesi della coabitazione — preso come termine *a quo* il giorno della revoca della interdizione — siasi compiuto prima che l'azione di nullità sia stata introdotta, senza potervi comprendere il tempo decorso durante il giudizio. Non può fare ostacolo a ciò la espressione letterale dell'art. 112 che dice " L'annullamento non potrà più *pronunciarsi* se " la coabitazione continuò per tre mesi „; poiche non vi sarebbe alcuna ragione giuridica per derogare al principio generale che della ricevibilità di un'azione devesi giudicare secondo lo stato in cui essa fu intentata, e il prolungarsi del giudizio non può naturalmente aver l'effetto di sopprimere l'azione che non era ancora estinta, per non essersi compiuto il termine dei tre mesi, quando essa fu intentata; mentre durante il giudizio di nullità la coabitazione può continuare di fatto, qualora non sia stata chiesta la separazione temporanea degli sposi, a norma dell'art. 115.

Un ultimo dubbio fu sollevato circa la sanatoria ammessa dall'art. 112, § 2: se essa sia applicabile anche quando il matrimonio fosse infetto originariamente, non solo per lo *stato giuridico* d'interdizione in chi lo contrasse, ma per sua effettiva *demenza* in quel momento.

---

(1) Cioè, passata in cosa giudicata.

(2) Sopra, n. 162, p. 670-672.

E vi è chi, senza neppur discutere, ha insegnato non potersi distinguere tra queste due circostanze (1). — È un grave equivoco; per riconoscere il quale non dobbiamo che riferirci alle dimostrazioni fatte in altra sede (2).

§ III. — *Effetti dell'azione e della dichiarazione giudiziale di nullità del matrimonio.*

Sommario. — 167. Partizione dell'argomento. — 168. *A*) Effetti della *pendenza del giudizio* di annullamento. — Separazione temporanea dei coniugi (art. 115). — 169. Facoltà nel Pubblico Ministero di agire per la validità del matrimonio — Rinvio. — 170. Se gli sposi abbiano facoltà di ripetere la celebrazione del matrimonio, prima che la sentenza ne abbia pronunciato l'annullamento. — 171. *B*) Effetti della *dichiarazione giudiziale* di nullità — Principii generali. — 172. Conseguenze legali del matrimonio, che restano malgrado il suo annullamento, o sorgono per esso — *Presunzione di paternità* a favore dei figli — Azioni patrimoniali tra i coniugi — Responsabilità dei danni (art. 127). — 173. Limitazione agli effetti generali dell'annullamento, nel caso di *matrimonio putativo*. — 174. Che sia il *matrimonio putativo*, e quali condizioni sieno per esso necessarie, secondo l'art. 116. — *a*) Esso non si applica ai matrimoni *inesistenti*. — *b*) Se sia necessaria la *scusabilità* dell'errore. — *c*) Errore *di fatto*, e *di diritto*. — *d*) In qual *tempo* debba considerarsi la buona fede. — *e*) Questioni circa *la prova* di essa. — 175. Massima fondamentale circa gli *effetti* del matrimonio putativo. — 176. *a*) Suoi effetti nei rapporti *tra i coniugi*. — Questione circa *le donazioni* fattesi tra loro — *Quid* rispetto ai diritti successorii? — 177. *b*) Effetti del matrimonio putativo nei rapporti tra i genitori e i figli, e tra questi e terze persone. — 178. Questione rispetto ai figli *adulterini* o *incestuosi*. — 179. Diritti dei genitori verso i figli — Dei figli verso i genitori. — Rapporti giuridici tra i figli ed i terzi. — 180. *c*) Effetti nei rapporti tra i coniugi e i terzi — Questione circa *la revoca delle donazioni*, secondo l'art. 1083.

167. Discendendo ora ad occuparci degli *effetti* giuridici derivanti dal giudizio di nullità del matrimonio, dobbiamo esaminare separatamente, secondo l'ordine propostoci, gli effetti che procedono dal solo iniziamento del giudizio, e quelli che risultano dalla sentenza dichiarativa della nullità; allo studio dei quali argomenti faremo susse-

---

(1) Borsari, *Comm.*, art. 112, § 295, *D*.
(2) Sopra, n. 90, p. 342-347.

guire un cenno sulle *disposizioni penali* che pel codice nostro sono applicabili, come conseguenza ulteriore dell'essersi contratto un matrimonio a cui ostasse qualche impedimento dirimente.

168. *A*) *Effetti della pendenza del giudizio di annullamento.* — Poche norme di diritto si presentano da sviluppare in questo aspetto.

Prima e più importante fra esse è quella che riguarda la separazione provvisoria dei coniugi durante il giudizio di nullità. Regola inspirata, come ora vedremo, ad un saggio criterio di moralità e d'ordine sociale contemperato equamente col riguardo dovuto al sentimento individuale dei coniugi; la quale tuttavia non ha riscontro alcuno nel codice Francese, nè in quelli dei cessati stati italiani (1), e costituisce quindi una prudente novità del codice nostro.

Però la disposizione di legge, che ora imprendiamo brevemente ad esaminare, ha subìto nella elaborazione del codice mutazioni importanti, che è opportuno tener presenti.

Nel progetto di codice presentato dal Ministro al Senato era stata introdotta una disposizione che formava l'art. 112, espressa in questi termini: “ Quando la domanda d'annul- “ lamento, *sia proposta da uno dei coniugi*, il tribunale *potrà* “ *ordinare la loro temporanea separazione* durante il giu- “ dizio „.

Nel progetto modificato d'accordo tra la Commissione senatoria e il Ministro, si fece in quell'articolo, che diveniva il 124, il seguente cambiamento. “ Quando la domanda “ di annullamento sia proposta da uno dei coniugi, il tri- “ bunale *potrà autorizzare la loro separazione temporanea du-* “ *rante il giudizio, od anche ordinarla nel caso previsto* dal “ n. 2 dell'art. 119 „ (corrispondente al n. 2 dell'art. 110 del codice attuale). Di ciò rendevasi ragione nel rapporto

(1) Ciò è anche naturale, poichè secondo questi codici l'instituto del matrimonio non era soggetto che in piccola parte al dominio della legge civile. — V. sopra, n. 20, p. 77-80.

della Commissione, colle considerazioni che seguono: “ Al-
“ lorchè è pendente un giudizio per l’annullamento di un
“ matrimonio, il tribunale può, secondo l’art. 126 (112 del
“ progetto), autorizzare la separazione temporanea. Appro-
“ vando questa disposizione, la Commissione ha creduto
“ di renderla più completa, giusta il voto della giurispru-
“ denza e di chiari scrittori, coll’aggiungere l’obbligo di
“ ordinare tale separazione nel caso in cui il matrimonio
“ sia impugnato per difetto di età di uno degli sposi, e
“ venga *allegato* che la sposa, ancorchè non giunta ancora
“ all’età legale, si trovi incinta. È evidente la ragione, per
“ cui in tal caso i coniugi debbono essere separati; l’ulte-
“ riore loro convivenza potrebbe dar luogo alla gravidanza
“ *erroneamente supposta*, ed aggravare le conseguenze del
“ successivo annullamento del matrimonio „ (1).

Ma poi in una relazione supplementare, la Commissione medesima propose una ulteriore modificazione di quell’articolo, che adottata ad unanimità dalla Commissione coordinatrice, senza discussione (2), costituisce, salvo qualche lieve mutamento di forma, l’art. 115 del nostro codice, espresso nei seguenti termini:

“ Quando la domanda di nullità sia proposta da uno
“ dei coniugi, il tribunale può, sull’istanza di uno di essi,
“ ordinare la loro separazione temporanea durante il giu-
“ dizio; può ordinarla anche d’uffizio, se ambidue i coniugi
“ od uno di essi siano minori d’età „.

I motivi ed il senso di questa disposizione sono molto facili ad essere compresi.

Mentre è pendente un giudizio per l’annullazione di un matrimonio, è d’interesse dei coniugi stessi e della società che non si mantenga sempre ed assolutamente l’obbligo della convivenza, le cui conseguenze renderebbero più gravi gli effetti dell’annullazione che venisse in seguito pronun-

(1) V. Relaz. Vigliani al Senato, n. 69.
(2) V. Proc. verb., n. 9, § 3.

ciata. Da ciò è giustificata, sotto un aspetto generale, l'idea che possa esser ordinata dal tribunale *una separazione temporanea.*

Ma a quali persone potevasi concedere di provocare questo provvedimento?

La legge incomincia dall'escludere che gli ascendenti, il tutore, il consiglio di famiglia o di tutela, gl'interessati, ai quali secondo i casi è dato di poter esercitare l'azione di nullità, possano ad un tempo richiedere la separazione temporanea dei coniugi. Sarebbe troppo evidentemente ingiusto che altri, esercitando la facoltà attribuitagli dalla legge di proporre la nullità, potesse anche pendente il giudizio far luogo ad una sospensione dei rapporti derivanti dal matrimonio altrui esistente, e turbare così gravemente l'ordine e la tranquillità della famiglia, provocando una forzata separazione dei coniugi.

Partendo adunque da questo pensiero il nostro art. 115 distingue se uno dei coniugi od ambedue siano minori di età, ovvero sieno amendue maggiorenni; salvo il verificare ciò che sia da ritenersi nel caso di un maggiorenne interdetto.

1° Nel primo caso non è necessario che la separazione temporanea sia domandata da alcuno (1).

Lo stato d'incapacità dei coniugi, o d'uno almeno d'essi, meritava che la legge medesima provvedesse a proteggere l'interesse loro e l'interesse generale ad un tempo. E la legge lo ha fatto, affidando al potere dei tribunali la facoltà di ordinare anche d'uffizio la separazione temporanea dei coniugi, se le circostanze, valutabili unicamente dal prudente criterio dei giudici, lo consiglino. — Questa facoltà

---

(1) Con ciò la facoltà del tribunale di ordinare *d'uffizio* la separazione temporanea dei coniugi è notevolmente estesa. Secondo il progetto della Commissione senatoria, questa facoltà era ammessa soltanto *nel caso previsto all'art.* 110 *n.* 2 *del Codice attuale.* Secondo l'art. 115 di questo invece, essa diventa esercibile ogni volta che i coniugi od uno di essi *siano minori di età.*

è data ai tribunali senza distinguere quali sieno le persone che abbiano *promossa l'azione per l'annullamento* di cui è pendente il giudizio; e quindi quando anche la domanda di nullità non sia stata proposta da uno dei coniugi. Ciò infatti corrisponde al pensiero che trovasi formulato nell'art. 115, spiegandolo coi motivi razionali suaccennati; sebbene la sola interpretazione grammaticale di esso potesse indurre a ritenere che, contenendosi l'art. 115 in un solo periodo, anche la parte finale di esso, concernente la separazione ordinabile d'uffizio, resti subordinata alla condizione enunciata nel principio dell'articolo, che cioè *la domanda di nullità sia stata promossa da uno dei coniugi.* E in questo senso si è pronunciato infatti un distinto scrittore nostro; ritenendo anzi egli che lo scopo sostanziale dell'articolo 115 sia quello di meglio assicurare la indipendenza reciproca dei coniugi in rapporto al giudizio di annullamento da essi promosso (1). Sembra però che con questo non sia colto intieramente l'intendimento della legge; la quale, come vedemmo, ordinando la separazione temporanea, non mira soltanto ad assicurare la libertà dei coniugi nello svolgimento del giudizio di annullamento, ma altresì ad ovviare che la convivenza coniugale mantenuta in pendenza di tale giudizio riuscisse *ad aggravare le conseguenze del successivo annullamento* (Relazione senatoria citata). Sotto questo secondo aspetto, è naturale una maggior sollecitudine della legge nell'ipotesi che gli sposi od uno di essi siano minori di età. Nè allora può avere più influenza la circostanza che l'azione di nullità sia stata proposta da uno dei coniugi o da altri; verificandosi ugualmente l'opportunità che la saviezza dell'autorità giudiziaria provveda,

---

(1) V. Ricci, *Dir. civ.* (2ª ediz.), I, 292.

Nel senso nostro, Borsari, *Comm.*, art. 115, § 302; il quale tuttavia trova criticabile la legge, dicendo: " Non so perchè non si lascierebbe fare alla " natura, per così dire, il suo esperimento, se è vero che la gravidanza è la " dimostrazione dell'abilità generativa a dispetto dell'età ". — Ma non è appunto scopo principale della legge il precludere la via ad un tale *esperimento?*

indipendentemente dall'iniziativa presa o meno dal coniuge minorenne, a tutelare coll'interesse della famiglia l'interesse sociale.

2° Quando poi i coniugi sieno amendue maggiorenni, si suddistingue se la domanda di nullità sia stata proposta da uno di loro o da altri.

In quest'ultimo caso non si fa luogo ad ordinare la separazione temporanea; non d'*uffizio*, perchè i coniugi essendo in istato di perfetta capacità, non è caso che la legge si occupi di proteggerli in ciò che è innanzi tutto cosa di loro interesse; non ad istanza di chi ha promossa l'azione di nullità, pei motivi già sopra accennati; non ad istanza di uno dei coniugi stessi, perchè non sarebbe ragionevole ammetterli a chiedere la sospensione temporanea degli obblighi derivanti dal matrimonio, quando l'annullazione di questo non è stata chiesta da loro, ma contro di loro.

Se poi l'azione di nullità è stata proposta *da uno degli stessi coniugi maggiorenni*, la separazione può esser ordinata purchè *uno di essi* ne faccia istanza. E la domanda può farsi, non tanto da quello stesso coniuge che avendo provocata l'annullazione stimi di proprio interesse l'ottenere frattanto la sospensione dell'obbligo di convivenza, ma anche dall'altro coniuge convenuto, che può avervi il medesimo interesse pel caso che l'annullamento venisse poi pronunciato.

Anche in questo caso, in cui la separazione temporanea sia chiesta da uno dei coniugi maggiorenni, non è obbligatorio, ma semplicemente *facoltativo* ai tribunali l'ordinarla, se le circostanze ne dimostrino sufficienti motivi.

3° Non ostante che l'art. 115 accordi espressamente al tribunale la facoltà di *ordinare d'ufficio la separazione temporanea*, solamente nel caso che ambidue i coniugi od uno di essi siano *minori di età;* sembra però che la identità di motivi, e la parità di stato giuridico che la legge stabilisce tra i *minori* e gli *interdetti* (art. 329, cod. civile) debba far ritenere che anche quando fosse impugnato il

matrimonio contratto da persona interdetta per infermità mentale (articolo 112, codice civile) fosse in facoltà del tribunale di ordinare anche d'*uffizio* la separazione temporanea dei coniugi.

169. Un altro punto importante di diritto, che può venire collegato agli effetti della pendenza del giudizio di annullamento, è quello che concerne la facoltà o meno nel pubblico ministero di spiegare azione per sostenere la validità di un matrimonio che egli reputi illegittimamente attaccato. Altrove, spiegando il disposto dell'art. 104, ci siamo trattenuti su tale questione (1); ci basta quindi di richiamare la trattazione che allora ne fu fatta, per mantenere il filo delle idee che su questo argomento potrebbe ora presentarsi al lettore.

170. Un'ultima questione, non meno interessante che singolare. Sotto la minaccia di un'azione di nullità che sia già promossa o stia per promuoversi da altri, è lecito agli sposi procedere intanto ad una seconda celebrazione del matrimonio, onde limitare nel tempo gli effetti del possibile annullamento? Si suppone, com'è naturale, che sia cessata attualmente la causa di nullità, che pur basterebbe per dichiarare inefficace la celebrazione anteriore; sicchè lo scopo della nuova celebrazione sia soltanto quello d'assicurare *ut ex nunc* gli effetti dell'impugnato matrimonio, per il caso che la nullità della prima celebrazione venga pronunciata.

Ciò posto, poche ma forti autorità stanno per la risposta affermativa. In appoggio di questa soluzione si è in sostanza osservato: 1° che essa corrisponde ad un insegnamento tradizionale, giacchè *Pothier* scriveva che la nullità del matrimonio celebrato da un sacerdote incompetente può venir coperta e purgata con una riabilitazione del matrimonio

(1) V. sopra, n. 151 *ter*, pag. 592 e seg.

dalle parti, cioè con una nuova celebrazione (1); 2° che non vi è ragione di scostarsi da questo insegnamento, mentre la legge attuale nulla contiene che ad esso sia positivamente contrario, essendo ovvio che la regola secondo cui non può contrarre altre nozze chi è vincolato da un matrimonio anteriore (art. 56, cod. civile Italiano), non ha possibilità di applicazione rispetto ad un secondo matrimonio *fra le stesse persone;* 3° che, nel silenzio della legge, neppure i principii generali formano ostacolo alcuno a che possa ripetersi la celebrazione del matrimonio esposto ad annullamento: questo nuovo atto, mentre può tutelare interessi legittimi e delicati dei coniugi, togliendoli da uno stato di penosa incertezza, non può recare nè reca pregiudizio di sorta alle ragioni dei terzi; poichè se il primo matrimonio sia poi dichiarato valido, venendo respinta l'azione di nullità, la seconda celebrazione di esso, quale atto di ratifica o di conferma, resterà semplicemente superflua: se invece il primo matrimonio venga dichiarato nullo, la nuova celebrazione varrà soltanto *ut ex nunc*, senza che sia impedito ad ogni interessato di prevalersi della nullità della celebrazione primitiva (2).

In senso contrario, benchè senza discussione, si sono pronunciati gli illustri continuatori di *Zachariae*, insegnando che " Les personnes dont le mariage *a été annulé* " peuvent se remarier l'une avec l'autre, au moins que " l'empêchement dirimant à raison du quel l'annulation en " a été prononcée ne subsiste encore „ (3). E a questa opinione si è associato anche uno scrittore nostro, osservando che la legge non può intervenire più d'una volta ad affermare la esistenza di un matrimonio; chè se si concedesse alle parti il diritto di ripeterne la celebrazione, potendo questo avvenire a loro talento una seconda, una terza, una

(1) V. Pothier, *Du mariage*, n. 362.
(2) Demolombe, III, 286; Laurent, II, 439; Pacifici-Mazzoni, *Istit.* (2ª ed.), II, 183.
(3) Aubry et Rau, § 459 in fine.

quarta volta, il prestigio della legge resterebbe offeso, e l'atto solenne del matrimonio si ridurrebbe ad una insignificante formalità (1).

A noi pure sembra meglio fondata la soluzione negativa, malgrado la serietà degli argomenti che si adducono dalla parte contraria. Eliminiamo però, come invocato fuori di luogo, quello che vorrebbe fondarsi sull'autorità della tradizione, cioè sul riferito insegnamento del *Pothier*. Questo grande giureconsulto scriveva, in tema di matrimonio, di fronte al diritto canonico; e troppo grande è la differenza tra questo e il diritto attuale in ciò che concerne l'importanza e la solennità dell'atto di celebrazione, perchè possano trasportarsi nel diritto nostro, come conformi allo spirito di esso, le soluzioni che siano state accolte sotto l'impero del diritto antico. Già altra volta, per una ragione consimile, abbiamo dovuto respingere l'influenza che volevasi attribuire alle dottrine del *Pothier* (2). — È dunque soltanto nei criterii e nei principii del diritto vigente che dobbiamo cercare la ragione vera di decidere. Ora, ponendoci da questo punto di vista, dobbiamo rammentare per prima cosa che la celebrazione del matrimonio non è altro esattamente che *la costituzione stessa del vincolo coniugale*, secondo le teorie altrove spiegate (3). Ciò basta intanto a mostrare come sia inesatto in realtà il concetto del *Laurent*, che vorrebbe giustificare la nuova celebrazione del matrimonio annullabile, sotto l'aspetto di un atto di ratifica o conferma, e coi principii relativi a quest'atto; mentre ci sembra manifesto che qui si tratta non di valutare la possibilità e la forza di un semplice atto di ratifica, ma d'ammettere la legalità di un atto *creativo* del matrimonio fra due persone che si trovano attualmente già legate in matrimonio fra loro.

Se la celebrazione del matrimonio potesse riguardarsi

(1) V. Ricci, *Dir. civ.* (2ª ediz.), I, 291.
(2) V. sopra, n. 74, p. 265.
(3) V. sopra, n. 41, pag. 138, e n. 119, pag. 429.

soltanto come una formalità esteriore, come un semplice mezzo legale di constatazione, la dottrina propugnata dal *Demolombe* e dal *Laurent* non incontrerebbe gravi ostacoli. Posto invece (com'è innegabile) che nel diritto nostro è colla celebrazione che nasce e si costituisce *il vincolo* coniugale, par chiaro che il ripetere la celebrazione del matrimonio vale precisamente quanto sovrapporre un matrimonio ad un altro, ritenendo che possano coesistere e siano compatibili due vincoli successivi di matrimonio fra le stesse persone; ciò che ripugna apertamente alla logica ed alla verità delle cose. — Ciò per quanto riflette il concetto e la natura medesima dell'atto di celebrazione. Se poi si consideri che nella dottrina da noi impugnata, la seconda celebrazione del matrimonio avrebbe un carattere ed un valore *condizionale*, in quanto che sarebbe destinata ad acquistare efficacia in vista del caso che la precedente celebrazione venisse dichiarata nulla, mentre nel caso opposto dovrebbe considerarsi come una cautela divenuta inutile: ci si convincerà anche meglio come ciò sarebbe effettivamente contrario al prestigio della legge e alla dignità di quell'atto che essa pone a fondamento dei rapporti coniugali e a fondamento della famiglia. — Il vero è pertanto che la facoltà di rinnovare la celebrazione del matrimonio è ammessibile soltanto qualora la anteriore celebrazione sia *inesistente* in diritto (1), e come tale apparisca alla semplice ispezione dell'atto: chè allora sarebbe anzi più esatto il dire che non si tratta di ripetere la celebrazione, ma di celebrare il matrimonio per la prima volta. Ma qualora invece la celebrazione precedente non sia destituita dei suoi elementi essenziali e costitutivi, qualora essa sia soltanto o possa essere minacciata per la esistenza di una causa portante impedimento dirimente a quel matrimonio, l'ufficiale di stato civile, non avendo competenza per valutare e giudicare la entità di quell'impedimento, deve arrestarsi dinanzi al vin-

---

(1) Cf. sopra, n. 109, pag. 402.

colo coniugale che intanto è sorto, e che esclude (giusta quanto si è detto) la possibilità di un secondo vincolo a quello successivo. A tale riguardo anzi la circostanza che contro il primo matrimonio si trovi già *proposta* un'azione di nullità, o che questa sia soltanto preveduta e temuta dai coniugi, è perfettamente indifferente; perocchè anche nel primo caso l'ufficiale di stato civile non ha titolo nè mezzi per apprezzare il possibile risultato del giudizio; e quindi il matrimonio già celebrato mantiene integro per lui il suo valore, finchè non sia dichiarato nullo dall'autorità competente; nè l'ufficiale stesso potrebbe o dovrebbe prestarsi intanto ad una seconda celebrazione di carattere condizionale, quale si ritiene a torto ammessibile nella dottrina contraria.

171. *B) Effetti della dichiarazione giudiziale di nullità.* — Gli effetti derivanti dalla dichiarazione della nullità, sia poi assoluta o relativa, d'un matrimonio, sono profondamente differenti da quelli della inesistenza giuridica di esso.

Se manca di qualcuno degli elementi naturalmente essenziali alla sua formazione (1), il matrimonio così contratto non può essere considerato che come un puro fatto, spoglio di ogni carattere legale; ond'è che, indipendentemente da qualunque dichiarazione giudiziale, non possono derivarne effetti giuridici di nessuna sorta; e la dichiarazione giudiziale stessa, se può essere resa necessaria dalla contestazione che si elevi intorno al verificarsi o no gli elementi essenziali dell'atto, non occorre però allo scopo di farne pronunciare l'annullazione, chè anzi è più vero il dire essere inconcepibile legalmente l'annullazione di ciò che non ha mai avuto nessuna vita giuridica (2).

---

(1) V. sopra, n. 37, p. 125 e seg.
(2) V. il vol. I di questo *Corso*, n. 102, p. 677.

All'opposto un matrimonio giuridicamente esistente, ma infetto d'un vizio che lo renda assolutamente o relativamente annullabile, resta efficace finchè l'annullazione non ne sia pronunciata dai giudici competenti, sull'istanza delle persone dalla legge determinate. Fino a quel tempo produce quindi tutti gli effetti che sarebbero propri d'un matrimonio valido; nel senso almeno che a nessuno è lecito disconoscere il valore giuridico di un matrimonio viziato di nullità, quando questa non sia ancora giudizialmente dichiarata (1).

Ma una volta pronunciata l'annullazione, l'effetto puramente *dichiarativo* della sentenza è per necessità, e di regola generale, retroattivo; sicchè scompaiono tutti gli effetti che a quel matrimonio, sotto il suo carattere apparente, erano attribuiti. Questa regola però non è senza qualche eccezione; che, perfettamente giustificata quanto ai matrimoni semplicemente annullabili, sarebbe all'opposto affatto impossibile per quelli che dovessero riguardarsi come inesistenti giuridicamente. Per questi ultimi sarebbe, ripetiamolo, inconcepibile che si attribuisse mai ad essi un qualunque effetto di quelli che la legge assegna al matrimonio come tale. Il potere del legislatore umano, per quanto si voglia estenderlo, non arriverà fino a poter considerare per finzione come esistente, quanto ad alcuni effetti legali, ciò che pei principii generali del diritto non abbia e non possa avere punto di vita giuridica, non arriverà mai fino a trarre effetti dal nulla. Ma è ben diversa la condizione delle cose alloraquando si tratti d'un matrimonio esistente giuridicamente, ma annullabile. La legislazione positiva è allora moderatrice suprema della azione di nullità; a lei spetta esclusivamente il determi-

---

(1) Questa teorica fondamentale, che tiene distinta la inesistenza dalla nullità e annullabilità di un atto, se offre ancora molte incertezze in diritto francese, vedemmo già come sia stata più esplicitamente riconosciuta nella legislazione nostra, specialmente in tema di matrimonio. — V. sopra, n. 33, p. 109-117, e n. 141, p. 551-554.

narne le cause, le persone che possono proporla, il tempo e il modo per farlo (1). E come il legislatore avrebbe potuto non ammettere la nullità, così può anche limitarne eccezionalmente gli effetti; stabilendo che nel concorso di determinate circostanze, le quali così consiglino per l'interesse della famiglia e pubblico, e per la protezione dovuta alla buona fede dei contraenti, non si distruggano retroattivamente tutti gli effetti giuridici del matrimonio dichiarato nullo.

A questo però si limita la facoltà del legislatore, che egli cioè possa vietare in circostanze speciali che la retroattività naturale della sentenza dichiarativa di nullità distrugga gli effetti tutti che il matrimonio contratto, col suo carattere apparente, *aveva in passato realmente prodotti*. Ma, non meno che l'attribuire effetti legali al matrimonio inesistente giuridicamente, sarebbe inconcepibile ed assurdo l'assegnarne al matrimonio annullabile pel tempo *posteriore* alla dichiarazione di nullità. Dopo pronunciata la nullità, quel matrimonio non ha più nessuna esistenza agli occhi della legge; è dunque impossibile che ne sorgano in avvenire effetti civili quali che siano. Esso è parificato ad un matrimonio *disciolto;* epperò non possono aversene pel futuro altre conseguenze fuorchè quelle che derivano appunto dallo scioglimento medesimo del matrimonio, qual'è l'impedimento impediente che vieta alla donna di contrarre nuove nozze se non siano scorsi *dieci mesi dallo scioglimento o dall'annullamento del matrimonio precedente* (art. 57, § 1, codice civile).

172. Fin qui noi parlammo di ciò che la legislazione positiva possa o non possa fare, in ordine agli *effetti civili* che un matrimonio annullabile ha prodotti sotto il suo carattere apparente di matrimonio valido. Ma è chiaro che un matrimonio, sebbene annullato, può e deve pur

---

(1) V. sopra, n. 42, p. 140, e n. 143, p. 555.

sempre produrre quegli effetti di diritti e di obbligazioni i quali dipendano, non da quel carattere giuridico apparente sotto il cui rapporto l'annullazione fu pronunciata, ma dalla sola *esistenza di fatto* che in ogni modo esso ha realmente avuta.

1) Così l'annullazione del matrimonio lascierà sussistere efficacemente i rapporti risultati dalla comunione dei beni che sia stata formata tra i coniugi nel contratto matrimoniale (art. 1433, cod. civ.), le obbligazioni del marito relativamente alla restituzione della dote che gli sia stata pagata (art. 1409 e seg., cod. civ.) ecc.

2) Dalla esistenza che ebbe in fatto il matrimonio annullato deriva eziandio (indipendentemente dalla buona fede dei coniugi, e dai maggiori effetti di questa, art. 116) la prova della *paternità* naturale riguardo ai figli concepiti innanzi quell'annullazione, o siano essi anche nati prima, o siano nati entro i trecento giorni successivi all'annullamento.

Questo punto che poteva essere disputato sotto il codice Francese, non potrebbe più formare oggetto di questione sotto il codice nostro; il quale negli articoli 159 e 160 dice chiaramente che “ Il marito è padre del figlio “ concepito durante il matrimonio „ e che “ si presume “ concepito durante il matrimonio il figlio nato non prima “ di cento ottanta giorni dalla celebrazione del matri- “ monio, nè dopo trecento dallo scioglimento *o annulla-* “ *mento di esso* „.

E questa massima, d'altronde, è giusta; imperocchè il matrimonio, quantunque annullabile, aveva però, anteriormente alla sentenza dichiarativa della nullità, un'esistenza di fatto, e produceva sotto il suo carattere apparente gli effetti d'un matrimonio valido, tra i quali quello della *coabitazione* pubblica ed obbligatoria degli sposi, su cui (più che sulla validità giuridica del matrimonio) la presunzione legale della paternità si fonda. Era dunque impossibile al legislatore, come il disconoscere quel fatto

che la sentenza dichiarante la nullità non potrebbe distruggere retroattivamente, così nemmeno il negarne le conseguenze logiche e necessarie riguardanti la prova della figliazione. Con una massima contraria il legislatore sarebbesi inoltre posto in contraddizione con se stesso, laddove ammette le *indagini sulla paternità nei casi di ratto o di stupro violento, quando il tempo di essi risponda a quello del concepimento* (art. 189, cod. civ.) e dove stabilisce che anche la figliazione adulterina od incestuosa debbasi riguardare come constatata, per l'effetto di attribuire al figlio l'azione per ottenere gli alimenti, allorchè *la paternità dipenda da un matrimonio dichiarato nullo* (art. 193, n. 2, cod. civ.). Ed è quindi perfettamente giustificato che il nostro codice all'art. 160 parifichi fra loro, per gli effetti della presunzione di paternità, i due casi dello *scioglimento* e dello *annullamento* del matrimonio (1).

Il figlio pertanto che sia o debba presumersi *concepito dopo la celebrazione del matrimonio e prima dell'annullamento di esso*, sarà sempre considerato almeno come figlio *naturale* del marito, o potrà anche essere parificato a figlio legittimo di lui se il matrimonio annullato sia stato contratto in buona fede da uno almeno dei coniugi, come vedremo nei numeri successivi, spiegando l'art. 116 del codice civile. E siccome l'art. 160, nel dichiarare che si presume concepito durante il matrimonio, epperò figlio del marito, chi è nato non più tardi di trecento giorni dopo l'annullamento del matrimonio, non fa distinzione di sorta circa le cause dell'annullazione; così sembra inammissibile nella legislazione nostra la limitazione secondo la quale un celebre autore propenderebbe a rite-

---

(1) V. Aubry et Rau, § 459; Demolombe, III, 345; Laurent, II, 438. — Pel diritto nostro, v. Pacifici-Mazzoni, *Istit.* (2ª ediz.), II, 184; Borsari, *Comm.*, art. 116, § 303; Buniva, *Dir. delle persone*, I, p. 220; De-Filippis, *Corso di dir. civ.*, IX, 126; Cassaz. di Torino, 25 settembre 1879 (*Fôro ital.* V, 1, 129).

nere inapplicabile la presunzione di paternità allorchè il matrimonio fosse annullato per non avere lo sposo raggiunta l'età che la legge prescriveva per poterlo contrarre (1); quand'anche non si volesse accogliere la massima, la quale a noi parve abbastanza dimostrata, che la gravidanza della sposa bastasse a far cessare l'azione di nullità del matrimonio, sebbene la incapacità per età si fosse verificata nello sposo (2).

L'esistenza di fatto del matrimonio annullato somministrerebbe ugualmente a carico del marito la prova della paternità naturale, quanto al figlio nato prima dei 180 giorni da quello del matrimonio, ma di cui al marito stesso ed ai suoi eredi sarebbe vietato il disconoscere la paternità, secondo il disposto dall'art. 161 e nei casi ivi contemplati (arg. dal d° art. 161 comb. cogli art. 159 e 160).

3) Quantunque in generale non possa reputarsi derivata l'*affinità* da un matrimonio che sia dichiarato nullo, questa regola però soffre eccezione allorchè tale matrimonio essendo *putativo*, ne sono mantenuti dall'art. 116 del codice gli effetti civili (3).

4) L'avere contratto *in mala fede* un matrimonio nullo, *ingannando l'altro sposo*, può dar luogo in favore di quest'ultimo, a termini della disposizione generale dell'art. 1151 del cod. civ., al diritto di risarcimento del danno derivato dall'annullazione (4). Questa massima è stata espressamente accolta dal codice nostro nell'articolo 127; il quale anzi, prevedendo le gravi difficoltà che possono presentarsi in questa materia per somministrare una piena prova del danno specifico che siasi patito, e volendo ovviarvi, ha determinato che la natura e la entità del danno possano essere valutate per pre-

---

(1) V. Demolombe, III, 346.
(2) V. sopra, n. 157 bis, pag. 622-634.
(3) V. sopra, n. 13, pag. 46 e seg.
(4) V. Demolombe, III, 349.

sunzioni rimesse totalmente al criterio dei tribunali; e stabilendo inoltre una pena pecuniaria ed anche di prigionia a danno dello sposo colpevole di mala fede e d'inganno, ha dichiarato che " Quando il matrimonio sia stato an-
" nullato per causa di *impedimento conosciuto da uno dei*
" *coniugi e lasciato ignorare all'altro*, il coniuge colpevole
" sarà condannato ad una multa non minore di L. 1000
" estendibile a L. 3000, ed anche, secondo le circostanze,
" al carcere estensibile a sei mesi, *oltre l'indennità al con-*
" *iuge ingannato, ancorchè non siasi data la prova specifica*
" *del danno sofferto* ".

173. Il principio generale in forza di cui l'effetto della sentenza pronunciante la nullità di un matrimonio, essendo naturalmente retroattivo, distrugge tutti gli effetti che il matrimonio annullato aveva prodotti fin dal tempo della sua celebrazione, poteva essere, come fu annunciato nel numero precedente, ed è stato effettivamente assoggettato ad una importante eccezione. Essa riguarda il caso nel quale i contraenti, od uno almeno di essi, fossero *in buona fede*, ignorassero cioè, all'atto in cui contraevano il matrimonio, le cause che ne producevano la annullabilità. Della quale eccezione si presentano molto evidenti i motivi.

Alle più gravi prescrizioni della legge, circa le condizioni richieste per contrarre matrimonio, era necessario apporre, per assicurarne l'osservanza, la più efficace sanzione che fosse in potere del legislatore. Tale appunto è la nullità del matrimonio; dalla quale, per regola generale, deve derivare la distruzione retroattiva e completa di tutti gli effetti che il matrimonio, sotto l'apparente suo carattere, avesse prodotti, e fra essi anche quello dello *stato di figliazione legittima* di cui avrebbero goduto i figli concepiti in costanza di quel matrimonio, se esso non fosse stato annullato. Doloroso per certo è il dover colpire i figli innocenti per la colpa dei loro genitori.

Ma infine ai genitori medesimi — se scientemente abbiano contravvenuto alla legge contraendo un matrimonio che non era conforme agli ordinamenti da essa stabiliti — ad essi soli spetta la responsabilità di aver creata ai propri figli una condizione d'illegittimità; mentre il legislatore non doveva di regola attribuire lo stato di figlio legittimo a chi non fosse concepito in costanza d'un matrimonio valido.

Quando però il matrimonio annullabile sia stato contratto *in buona fede*, la condizione delle cose cangia profondamente. Quantunque sia necessario ciò non ostante colpire di nullità quel matrimonio che non soddisfa alle più importanti condizioni prescritte nell'interesse dei contraenti, delle famiglie e della società intiera, tuttavia la distruzione retroattiva di tutti gli effetti che il matrimonio abbia prodotti prima della sua annullazione, non solo non è necessaria, ma sarebbe ingiustamente dannosa. Essa infatti non varrebbe a guarentigia per l'osservanza della legge, avvegnachè nessuna guarentigia possa essere efficace contro chi contravviene in fatto alla legge, ma credendo in buona fede di uniformarvisi; e d'altra parte si turberebbe profondamente la tranquillità e sicurezza delle famiglie, sovvertendo interessi che sotto l'egida della buona fede eransi costituiti, e privando dello stato di legittimità i figli che, senza la persuasione d'uno almeno dei genitori che quello stato non potesse loro esser tolto, non sarebbero stati procreati. La enunciazione stessa di questi motivi basta a dimostrarne l'applicabilità, per quanto concerne la legittimità dei figli, anche al caso che uno solo dei genitori fosse stato in buona fede nel contrarre il matrimonio che fu poscia annullato. Ma all'opposto gli effetti civili che tale matrimonio aveva prodotti tra i coniugi non potrebbero essere mantenuti a favore di quello di essi che fosse stato in mala fede. Per lui la distruzione retroattiva, in suo danno, di quegli effetti, è una pena civile manifestamente giusta, imposta

per l'infrazione della legge, ed una guarentigia, più che utile, necessaria della osservanza di essa.

Da queste considerazioni fu ispirato il benigno temperamento che — sotto l'impero del diritto canonico — prese il nome di *matrimonio putativo;* temperamento che fu sancito poi nell'art. 201 del codice Francese; da cui fu tratta la disposizione dell'art. 116 del codice nostro, espressa nei seguenti termini:

" Il matrimonio dichiarato nullo, qualora sia stato " contratto in buona fede, produce gli effetti civili tanto " riguardo ai coniugi, quanto riguardo ai figli anche nati " prima del matrimonio, purchè riconosciuti prima del- " l'annullamento di esso.

" Se un solo dei coniugi sia in buona fede, il ma- " trimonio non produce gli effetti civili, se non in favore " di lui e dei figli „.

Qual'è propriamente il matrimonio *putativo*, e quali sono le condizioni necessarie affinchè gli sia applicabile il favore eccezionale di questa disposizione?

Dall'essere attribuiti gli effetti civili al matrimonio dichiarato nullo ma contratto in buona fede, quali conseguenze derivano in ordine ai rapporti giuridici dei coniugi tra loro, dei figli verso i genitori e verso le loro famiglie, dei coniugi verso i terzi?

Ecco le due domande alle quali risponde il nostro articolo 116; il quale però non è così perfetto da non lasciar luogo a gravi dubbiezze e questioni che cercheremo di sciogliere, esponendo le teorie relative a questo importante argomento.

174. Dicesi *matrimonio putativo* quello che è dichiarato nullo, ma che i coniugi, od uno almeno di essi, hanno creduto valido quando lo contrassero. — Questa definizione però ha bisogno di qualche sviluppo teorico per essere compresa perfettamente, e per dimostrare i limiti di applicabilità del nostro art. 116.

a) E prima, quando si parla di *matrimonio dichiarato nullo*, s'intende egli indifferentemente di un matrimonio colpito dalla legislazione positiva di una nullità assoluta o relativa, od anche d'un matrimonio *inesistente giuridicamente* perchè mancante di qualcuna delle condizioni necessarie alla sua *essenza* (1)?

La dottrina esposta superiormente (2) ci condurrebbe alla soluzione negativa di questo quesito; poichè fu dimostrata l'impossibilità legale di attribuire qualunque effetto giuridico ad un matrimonio che, per mancanza di requisiti essenziali, non possa considerarsi in diritto avere avuto mai esistenza. E questa massima è stata insegnata, senza restrizioni, da illustri scrittori francesi, i quali pensano che l'eccezione inerente al matrimonio putativo sia applicabile soltanto ai matrimoni che si trovino colpiti di semplice *annullabilità*, ma sia estranea a quelli che non presentino nemmeno i caratteri essenziali alla loro esistenza giuridica. Sostengono quindi che la detta eccezione non possa estendersi nè all'unione coniugale formata davanti a persona non rivestita del carattere di uffiziale dello stato civile, nè a quella che non fosse stata pronunciata in nome della legge, e colla formola da essa prescritta, dall'uffiziale medesimo, nè a quella contratta da un morto civilmente (3).

Tuttavia non mancarono oppositori autorevolissimi; alcuno dei quali sostenne in modo generale ed assoluto che qualunque matrimonio non valido, o sia poi nullo *ab initio*, cioè inesistente giuridicamente, o sia soltanto reso nullo in virtù di sentenza, debba produrre gli effetti civili di matrimonio valido, qualora sia stato contratto in buona fede (4); altri invece distinse tra cause

---

(1) V. sopra, n. 37, p. 125.
(2) V. n. 171, p. 733.
(3) V. Merlin, *Quest.* v° *Légitimité,* § 5; Aubry et Rau sur Zachariae, § 460; Laurent, II, 515.
(4) V. Marcadé, art. 202, § 1, t. I, n. 691-692.

e cause d'inesistenza giuridica, e disse non lasciar luogo al matrimonio putativo quelle che consistano nella mancanza assoluta d'ogni celebrazione reale del matrimonio davanti alla legge civile, — come quando esso fosse stato contratto innanzi a persona non rivestita del carattere di ufficiale dello stato civile, — ma ritenne invece che la buona fede potesse rendere *putativo*, e producente perciò gli effetti civili, anche un matrimonio inesistente giuridicamente, quando di esso fossevi in realtà *una celebrazione* anche agli occhi della legge civile, ma mancasse qualche altro requisito essenziale, come quando uno degli sposi fosse morto civilmente, o non fosse stata pronunciata dall'uffiziale di stato civile la formola legale della unione in matrimonio (1).

La questione non può più avere nessun interesse per noi riguardo al caso di morte civile d'uno degli sposi, non essendo la morte civile ammessa dalla nostra legislazione; ma pure nulla perde della sua importanza in ordine ai casi tutti nei quali per qualunque causa si verifichi la inesistenza giuridica di un matrimonio apparentemente contratto.

La distinzione suggerita dal celebre autore sopra citato, tra i casi che la celebrazione stessa del matrimonio sia *apparente* soltanto, e quelli in cui sia *reale*, ma per altra causa manchino gli elementi necessari all'esistenza giuridica del matrimonio, sembra innanzi tutto da escludere. Che importa infatti se l'essenza del matrimonio manchi perchè esso sia stato contratto davanti a persona che non aveva il carattere di uffiziale dello stato civile, o piuttosto perchè questo uffiziale, dinanzi a cui è stato prestato dagli sposi il consenso a prendersi in marito e moglie, non abbia pronunziato l'unione coniugale nella formola della legge? Nell'un caso e nell'altro ugualmente non si è for-

(1) V. Demolombe, t. III, n. 354-356.

mato punto giuridicamente il matrimonio (1). E se ciò non facesse ostacolo a potere tuttavia attribuire gli effetti di matrimonio valido a quella unione, non vi sarebbe motivo sufficiente per ammetterli nel secondo caso e negarli nel primo. Forsechè non ha creduto ugualmente in buona fede d'essere legato in matrimonio valido lo sposo che per inganno fu tratto davanti a persona la quale, fingendo la qualità di uffiziale dello stato civile, celebrò falsamente, nelle forme corrispondenti a quelle volute dalla legge, il matrimonio, come lo sposo che credè compiuta legalmente la celebrazione sebbene non fosse stata pronunciata dall'uffiziale di stato civile l'unione coniugale secondo l'articolo 94 del codice civile? Forsechè la buona fede dello sposo meriterebbe minore riguardo e minore protezione nella prima che nella seconda ipotesi?

Sembra dunque che debbano rimanere a fronte i due soli sistemi semplici ed assoluti; l'uno dei quali nega che possa mai considerarsi come matrimonio putativo una unione a cui manchi qualcuno dei caràtteri essenziali alla esistenza giuridica del matrimonio, l'altro all'opposto parifica completamente il matrimonio *inesistente* all'*annullabile*, quanto a doversi attribuire sì all'uno che all'altro gli effetti civili, qualora sia stato contratto in buona fede. — E tra i due sembra da preferirsi il primo, come l'unico che sia conforme ai principii, secondo ciò che fu esposto superiormente.

Si è detto in appoggio dell'opinione contraria che non è lecito porre limiti alla onnipotenza legislativa, la quale

---

(1) Bisogna ricordare anzi che il Demolombe si formò un'idea non esatta della *celebrazione* del matrimonio, ritenendo che questa sussista nella sua esteriorità giuridica, quand'anche sia mancata la pronunciazione solenne della unione coniugale. Il vero è che anche questa pronuncia, non meno della qualità d'ufficiale celebrante, e non meno della dichiarazione di consenso degli sposi, sono altrettanti elementi costitutivi della celebrazione (v. sopra, n. 109, pag. 401). La mancanza di uno qualunque di essi rende dunque in egual modo *apparente* soltanto la celebrazione del matrimonio, riducendola ad una cerimonia materiale senza valore giuridico alcuno.

può creare gli effetti civili per una unione che non sia vero matrimonio civile, come può *conservarli* per quello che esistendo giuridicamente venga però annullato; che in fondo anche quest'ultimo, una volta dichiarata giudizialmente l'annullazione, è come se non avesse mai esistito, epperò il conservarne gli effetti civili equivale a crearli; che le espressioni usate dalla legge — *matrimonio dichiarato nullo* — comprendono tanto il caso di *dichiarazione d'inesistenza giuridica* quanto quello di *annullazione* vera; che in questa idea conferma l'essere soggiunto che tale matrimonio *produce gli effetti civili*, il che suppone la loro creazione per opera della legge, mentre altrimenti sarebbesi dovuto dire che *conserva gli effetti civili* (1).

Questi argomenti, per quanto gravissimi, non sembra però che siano senza risposta possibile.

L'onnipotenza, come dicesi, della legge non è così sconfinata: essa trova un limite necessario nei principii generali del diritto e nella realtà delle cose. Certamente se anche la legge sorpassasse questi confini dovrebbe essere eseguita; ma finchè rimanga un dubbio non si può ammettere che li abbia ecceduti (2). Una finzione giuridica può sostituirsi alla realtà, ma non contrariarla; si può supporre quello che non è, ma non quello che non può essere. Ora l'attribuire effetti civili ad un matrimonio inesistente giuridicamente sarebbe appunto direttamente contrario alla realtà delle cose, e supporrebbe quello che non può essere; perchè fondandosi sulla celebrazione del matrimonio come essa è avvenuta, cioè colla mancanza di condizioni essenziali alla sua esistenza giuridica, lo supporrebbe come avente in diritto una vita che gli manca

---

(1) MARCADÉ, l. c.

(2) Dice bene il LAURENT (l. c.): " Sans doute le législateur pourrait " étendre la fiction jusqu'à considérer comme existant un acte qui n'existe " pas; cela serait peu juridique, mais si la loi était expresse, il n'y aurait " plus à raisonner. La question est donc une question de texte; les art. 201 " et 202 s'appliquent-ils au mariage non existant? ".

assolutamente, e come suscettibile di produrre effetti che secondo i principii fondamentali di diritto non possono derivarne affatto.

All'obbiezione tolta dall'assimilare il matrimonio annullato a quello che è inesistente, perchè l'annullazione ha naturalmente un effetto retroattivo, rispondono già le dottrine sviluppate in principio di questo paragrafo. Il matrimonio annullabile, una volta che l'annullazione sia dichiarata giudizialmente, è per certo parificabile, quanto allo avvenire, al matrimonio inesistente fino dalla sua origine. Ma quanto al passato, quanto agli effetti civili che il matrimonio ha già prodotti sotto il carattere suo apparente prima che l'annullazione seguisse, la legge che ha in proprio dominio esclusivo l'azione di nullità, che può ammetterla o respingerla e determinarne come riconosca opportuno gli effetti, può anche limitare eccezionalmente quelli che in via di regola le assegna, e stabilire che in date circostanze tutti o parte degli effetti prodotti dal matrimonio prima dell'annullamento non sieno distrutti retroattivamente dalla dichiarazione giudiziale di esso.

Quanto alle espressioni testuali dell'articolo, nel quale è detto che il matrimonio dichiarato nullo *produce gli effetti civili*, è facile riconoscere la debolezza dell'argomento che se ne vorrebbe trarre interpretandole come riferibili al matrimonio *inesistente*, pel quale quegli effetti sarebbero *creati* dalla legge, piuttosto che al matrimonio *annullabile*, pel quale sarebbero *conservati*. — Supponendo che del matrimonio annullabile sia già stata dichiarata giudizialmente la nullità, la legge trovasi a fronte della regola generale, in forza di cui il matrimonio annullato dovrebbe riputarsi come se non avesse mai esistito legalmente, e dovrebbero quindi rimanerne distrutti retroattivamente tutti gli effetti ch'esso produceva sotto il suo carattere apparente (1). Se per un favore eccezionale tutti o parte di

---

(1) V. sopra, n. 171, pag. 733.

quegli effetti sono mantenuti, la legge può dire che i detti effetti derivano dalla propria disposizione; e in questo senso è esatta la formola con cui si dichiara che il matrimonio annullato, ma contratto in buona fede, *produce* gli effetti civili.

Quanto ai principii d'equità che s'invocano in favore di questa opinione, è ben vero che potrà verificarsi una perfetta buona fede nello sposo che credette essere celebrato validamente il suo matrimonio, sebbene fosse contratto davanti a persona non rivestita del carattere di uffiziale dello stato civile, o non fosse pronunciata in nome della legge l'unione in matrimonio; e sarà doloroso che in queste circostanze non possa farsi valere il benefizio eccezionale ammesso pel matrimonio putativo. Ma in fine i riguardi di equità, per la protezione della buona fede, non possono aver forza bastante per far ammettere l'assurdo, considerando come *matrimonio* putativo, capace di effetti giuridici, quello che non presenta carattere giuridico alcuno, per mancanza di requisiti essenziali al matrimonio; e del resto quest'argomento proverebbe troppo, giacchè condurrebbe logicamente ad ammettere gli effetti del matrimonio sulla *sola* base della buona fede, quand'anche p. e. mancasse qualunque celebrazione legale del matrimonio, perchè due persone avessero creduto sufficiente a costituirlo (come in certi paesi) il semplice e privato loro consenso.

Due altre considerazioni concorrono a dimostrare la verità della dottrina che nega potersi applicare ai matrimoni inesistenti il disposto dell'art. 116. L'una è tratta dal *sistema* stesso della legge nostra, la quale (come più volte fu avvertito) dei matrimoni inesistenti neppure si occupa, determinando soltanto ciò che concerne la validità civile dell'atto, e abbandonando ai principii generali di diritto, lasciando cioè fuori delle sue disposizioni, ciò che riguarda invece gli elementi di essenza del matrimonio (1);

---

(1) V. sopra, n. 142, pag. 554.

dal che è logico inferire che anche il disposto dell'art. 116 si riferisca ai matrimoni viziati di nullità, non già a quelli che neppure abbiano gli elementi primordiali del matrimonio. La seconda considerazione va diretta a chiarire un equivoco di idee, ingenerato forse dalla terminologia che viene usata. Infatti la espressione solita *matrimonio inesistente*, a ben considerare, risulta di due termini male armonizzanti fra loro; poichè la prima parola avrebbe un senso affermativo, che viene poi neutralizzato e distrutto colla seconda. Ma intanto, dacchè questa espressione viene adottata per comodità di linguaggio, può derivarne alla mente di qualcuno l'idea che il matrimonio inesistente sia pure in qualche modo *un matrimonio*, e possa quindi comprendersi nei termini dell'art. 116. Il vero è tuttavia che con quelle parole si vuole designare semplicemente la negazione di qualsiasi matrimonio; si vuol dire che vi fu una materialità, un'apparenza di puro fatto, senza alcuna sostanza giuridica. Ora che una simile materialità di fatto possa essere presa in considerazione dalla legge, e divenire produttività degli effetti giuridici del matrimonio, è cosa che repugna veramente (giusta le cose dette) ai principii di ragione non meno che al metodo della legge nostra (1).

b) Condizione fondamentale richiesta dalla legge, perchè un matrimonio infetto di nullità possa essere considerato come *putativo*, è che esso sia stato contratto *in buona fede* dai coniugi o almeno da uno di essi. E per buona fede s'intende naturalmente la falsa opinione della validità del matrimonio, l'errore sull'ostacolo legale che a questa validità si opponeva; sia per avere ignorato la esistenza stessa del *fatto* che costituiva impedimento dirimente, sia per avere ignorato il *rapporto* che secondo legge

---

(1) In questo senso, Aubry et Rau, e Laurent (ll. cc.); Pacifici-Mazzoni, op. cit., II, 190; Borsari, *Comm.*, art. 116, § 304-305; Buniva, *Dir. delle persone*, I, pag. 223; Ricci, op. cit., I, 289; De Filippis, *Corso di dir. civ.*, IX, 127; Chironi, *Istit. di dir. civ.*, II, § 384, p. 222.

esisteva tra questo fatto e la invalidità del matrimonio: come ora verrà spiegato.

Però s'incontra qualche incertezza per determinare i caratteri che siano da ritenere necessari in questa buona fede. Basterà per sè sola la ignoranza del vizio, la opinione erronea della validità del matrimonio: o si dovrà ricercare inoltre *la causa* di questo errore, richiedere insomma che si tratti di un errore *scusabile*, consistente nella *opinione erronea ma ragionevole* che il matrimonio fosse valido secondo la legge? — Vi fu chi ritenne doversi adottare la massima affermativa; riconoscendo bensì che la scusabilità dell'errore costituisca non tanto una condizione giuridica speciale, distinta da quella della buona fede, quanto piuttosto un *elemento di fatto* della buona fede stessa; ma ritenendo che — pur dovendosi concedere al giudice un largo potere di apprezzamento, per decidere in fatto, valutando la qualità delle persone e le altre circostanze, se l'errore fu scusabile o meno — non possa mai ammettersi come costitutiva della buona fede una ignoranza imperdonabile e repugnante; come quando si allegasse, ad es., di avere ignorato il divieto del matrimonio tra fratelli e sorelle, o la proibizione della bigamia (1). Oramai può dirsi però prevalente la opinione secondo cui la esistenza effettiva della buona fede deve bastare per sè sola, indipendentemente da ogni altra condizione, per far produrre al matrimonio gli effetti civili; ritenendosi che la indagine della scusabilità dell'errore si risolva unicamente in un argomento di fatto, cioè in un *mezzo di prova* della realtà o meno della buona fede (2).

La questione a noi sembra una vera questione di principio; benchè la maggior parte degli scrittori mostrino di

---

(1) V. Toullier, I, 654 e seg.; Duranton, II, 348-351; Marcadé, art. 202, I, 693; e la 1ª ediz. di questo *Corso*, II, 97, p. 305.

(2) V. Demolombe, III, 358; Aubry et Rau. § 460, nº 5; Laurent, II, 503; Pacifici-Mazzoni, op. cit., II, 186, nota; Borsari, *Comm.*, art. 116, § 307; De-Filippis, op. cit., IX, 127.

credere che alla fin fine la divergenza tra le due soluzioni sia piuttosto apparente che sostanziale; poichè (si dice) se tutti ammettono che la scusabilità dell'errore deve essere valutata solo in modo *relativo* alla condizione delle persone ed alle circostanze dei casi, la questione teorica che si vuol proporre rimane perciò stesso assorbita dalla questione di apprezzamento. A noi sembra invece che il punto essenziale della differenza stia in questo: che *data come vera la dottrina più rigorosa*, ritenuta cioè necessaria non solo l'esistenza, ma anche la scusabilità dell'errore, i giudici di merito avrebbero bensì facoltà insindacabile di verificare in linea di fatto se l'errore, da cui dipese la buona fede dei coniugi, fu ragionevole e scusabile, secondo le circostanze del caso; ma i giudici stessi non potrebbero, senza violazione di legge, e senza quindi esporsi alla censura della Cassazione, ammettere invece che l'errore non fu in modo alcuno scusabile, e tuttavia concedere il beneficio del matrimonio putativo, per la sola esistenza materiale di tale errore. E inversamente, *data come vera la dottrina che prescinde dalla scusabilità dell'errore*, ne deriverà che i giudici di merito saranno arbitri di riconoscere o di escludere la esistenza effettiva della buona fede; ma incorrerebbero in una violazione di legge, qualora essi, dopo avere ritenuta *constante* nel caso la buona fede, negassero tuttavia l'applicazione dell'art. 116, solo perchè questa buona fede non fosse accompagnata dalla scusabilità dell'errore. In questo senso, ammesso pure il criterio che possa trattarsi solo di una scusabilità *relativa* alle persone, riteniamo abbastanza sicura anche qui la separazione fra l'elemento di fatto e l'elemento di diritto; ed evidente quindi la necessità di risolvere la questione di massima, quale ora fu enunciata.

E ciò posto, sembra confermata anche meglio l'idea che la scusabilità dell'errore può essere considerata, non come una condizione ulteriore e distinta dalla esistenza della buona fede, ma solo come un elemento di fatto di essa; nel senso che la non scusabilità dell'errore potrà prestare

argomento per escludere la realtà di quella buona fede, ma non potrà escludere gli effetti giuridici della buona fede, qualora questa si ritenga sussistita di fatto, malgrado la non scusabilità dell'errore. Questo risulta veramente dal testo medesimo dell'art. 116, il quale non esige altra condizione che la buona fede (1); e lascia quindi luogo a determinare gli elementi che possono farla ritenere verosimile e credibile in linea di fatto, ma non autorizza ad esigere, oltre la esistenza reale della buona fede, una caratteristica speciale di questa. Ed è pure conforme allo spirito della legge; poichè è ragionevole che una differenza di trattamento così grave, quale è quella che consiste nel concedere o negare il beneficio del matrimonio putativo, si faccia dipendere dalla circostanza che chi contrasse il matrimonio abbia avuto o non abbia avuto il proposito, *la coscienza*, di conculcare la legge; ma una tale differenza non sarebbe più giustificata, se si facesse dipendere invece dal torto intellettuale della persona, cioè dal grado maggiore o minore di negligenza che possa esserle imputata nella persuasione da essa formatasi circa la legalità del contratto matrimonio. In altri termini, per valutare la condizione soggettiva di chi contrasse matrimonio, in ordine all'applicazione dell'art. 116, può farsi questione *di dolo*, ma non di *colpa;* e le diverse gradazioni di questa, le distinzioni fra colpa lieve e colpa grave rimangono affatto inapplicabili in questo argomento; mentre poi quell'errore che per la generalità dei cittadini costituirebbe una colpa grave, potrebbe non costituire che una colpa lieve e scusabile, relativamente ad un determinato individuo (p. e. la credenza che sia lecita la poligamia, rispetto ad un mussulmano); e d'altro lato se certe specie di errore sarebbero assolutamente inammissibili (p. e. l'allegata ignoranza del divieto di matrimonio tra fratelli e sorelle), ciò sarà perchè la condi-

---

(1) Ferma però ed implicita l'altra condizione: che si tratti di un matrimonio viziato, ma almeno *esistente* in diritto. — V. qui sopra, p. 741.

zione stessa delle cose dimostrerà non solo la non scusabilità del preteso errore, ma la reale mancanza di esso e della buona fede. Ecco perchè sembra anche a noi doversi concludere non solo che la scusabilità dell'errore può essere presa in considerazione unicamente come elemento di *prova* della buona fede; ma che inoltre offenderebbero il principio contenuto nell'art. 116 quei giudici che, ritenendo sussistita in fatto la buona fede, la dichiarassero inoperante in diritto, per causa della non scusabilità dell'errore da parte di chi contrasse il matrimonio.

c) Alla soluzione di questo dubbio si collegherebbe l'esame di un'altra questione, già controversa in diritto francese: se la buona fede, di cui parla l'art. 116, possa essere il risultato tanto di un errore *di fatto*, quanto di un errore *di diritto*. È da notare però che nel diritto nostro la risposta a tale quesito trovasi agevolata dal fatto stesso che il codice Italiano (art. 1109), ammettendo espressamente la efficacia dell'errore di diritto in materia di contratti, dimostra con ciò quali devono esser i limiti legali della massima *ignorantia juris neminem excusat*. E nella parte generale di questo corso noi abbiamo già esaminato ampiamente questo grave argomento, trattenendoci in modo speciale anche sulla applicazione che deve farsene nel caso di matrimonio putativo; alle conclusioni allora esposte non abbiamo dunque ora che da richiamarci (1).

d) La buona fede non è richiesta che *al momento della celebrazione* del matrimonio: “ *qualora sia stato contratto in buona fede* „ dice l'art. 116. E ciò basta per far produrre gli effetti civili a questo matrimonio anche dopo la sua annullazione, e sebbene prima di essa fossero stati conosciuti dal coniuge, ch'era in buona fede al momento della celebrazione, i vizi che cagionavano l'annullabilità del matrimonio.

La indulgenza che è usata in ciò dalla legge trova facili

(1) V. il vol. I di questo *Corso*, n. 78, pag. 340 e seg.

e molte giustificazioni. Una massima contraria avrebbe costretti i coniugi a separarsi immediatamente, appena scoprissero una causa d'annullabilità del loro matrimonio. Ma la vergogna di scoprire pubblicamente il loro stato, la speranza che esso resti occulto a tutti, o che la nullità possa in certi casi ammessi dalla legge venire sanata, il timore di esporre l'altro coniuge a gravi danni, e talora anche ad azione penale, l'interesse in fine dei figli, possono essere talvolta cause sufficienti e scusabili che inducano a continuare a convivere in quello stato di matrimonio che nullamente ma in buona fede era stato contratto, anche dopo che la buona fede è cessata. D'altronde la prova che si ammettesse di questa cessazione in un dato momento sarebbe troppo pericolosa, ed avrebbe in fine il risultato di scindere la famiglia, facendo considerare i figli procedenti dalla medesima unione alcuni come legittimi, altri come naturali od anche incestuosi od adulterini.

Queste ragioni persuadono a ritenere colla opinione di molti ed in conformità dell'espressione testuale della legge, che la *mala fede* sopravvenuta dopo la celebrazione non pregiudichi al matrimonio putativo; sebbene non manchino anche opinioni contrarie (1).

e) Un'ultima indagine ci resta a fare, in ordine a questo argomento delle condizioni necessarie per l'applicabilità del nostro art. 116. Ciò è se appartenga a chi afferma od a chi nega che il matrimonio annullato conservi, siccome *putativo*, certi effetti civili, l'onere di provare la esistenza o la esclusione della condizione richiesta, cioè della buona fede in uno almeno dei contraenti.

I principii generali intorno all'onere della prova parrebbero anzi, a primo aspetto, dover condurre a ritenere che

---

(1) V. PROUDHON, t. II, p. 5; VAZEILLE, t. I, n. 283; DURANTON, t. II, 363; ZACHARIAE, § 460, n. 2; MARCADÉ, art. 202, § 2, t. I, n. 694; DEMOLOMBE, t. III, n. 360; LAURENT, II, 505; BORSARI, *Comm.*, art. 116, § 307; PACIFICI-MAZZONI, *Istit.* (2ª ediz.), II, 186; RICCI, *Dir. civ.*, 2ª ediz., I, 282; — contro, DELVINCOURT, t. I, n. 71, n. 5; TOULLIER, t. I, n. 656.

spettasse a chi vuol fruire degli effetti eccezionalmente favorevoli della buona fede in questo caso, il porgerne la prova.

È infatti una norma evidente di ragione che sia sempre l'eccezione che debba provarsi contro la regola, non questa contro quella. Ora per principio generale l'annullazione di un matrimonio deve distruggere retroattivamente tutti gli effetti ch'esso aveva prodotti sotto l'apparente suo carattere; e non è che per benigna eccezione fatta dalla legge che questi effetti sono conservati pel matrimonio putativo. Da ciò potrebbesi dunque dedurre che spettasse sempre a chi invoca il benefizio eccezionale dell'art. 116, cod. civile, l'onere di provare l'esistenza in fatto della condizione che l'articolo stesso esige, consistente in ciò che il matrimonio annullato sia stato contratto *in buona fede* (1).

Se non che è facile accorgersi come questa argomentazione, per quanto sia apparentemente grave, riesca in sostanza ad una falsa applicazione di un principio per sè giustissimo, qual'è quello che sia l'eccezione e non la regola che abbisogni di prova.

E veramente questo principio si intende *in relazione ai fatti dei quali si chiede chi debba provarli*. È allora che un fatto il quale costituisca la regola, perchè sia quello che costantemente si verifichi nelle condizioni ordinarie delle cose, non ha bisogno di constatazione speciale, risultando già provato abbastanza da una *presunzione naturale;* mentre se si alleghi un fatto che debba considerarsi come un'eccezione, perchè non si avveri che in circostanze straordinarie, è necessario provarlo, per distruggere la presunzione naturale che siasi verificato ciò che per regola comune avviene. Ma nell'argomentazione che ora esaminiamo, quel principio non si applicherebbe al fatto da provarsi, che è la buona o mala fede con cui sia stato contratto il matrimonio, sibbene alla conseguenza giuridica che deve derivarne, cioè

---

(1) V. Laurent, II, 506; Ricci, op. e loc. cit.

al doversi riguardare come distrutti retroattivamente, o come conservati, gli effetti prodotti dal matrimonio annullato. Si partirebbe infatti dalla considerazione che la completa e retroattiva inefficacia giuridica del matrimonio annullato è la regola, mentre la conservazione degli effetti civili di esso è la eccezione. Ciò posto è manifesto come non sia che una falsa deduzione l'argomentarne che debba presumersi la *mala fede*, siccome quella che lascierebbe luogo all'applicazione della regola che vorrebbe la distruzione retroattiva di tutti gli effetti prodotti dal matrimonio annullato; e quando all'opposto si allegasse la *buona fede* per mantenere questi effetti, fosse necessaria provarla perchè farebbe luogo ad un favore eccezionale della legge. Dovrebbe anzi ritenersi in contrario per presunzione naturale la *buona fede*, non potendosi presumere che niuno abbia voluto scientemente contravvenire alla legge, e sarebbe il fatto della *mala fede* che quando venisse allegato avrebbe bisogno d'essere provato, siccome eccezionale.

E da un punto di vista generale, sembra inoltre che possa trarsi un fondato argomento di analogia dal disposto dell'art. 702 del codice civile che dichiara: “ La buona fede “ è sempre presunta, e chi allega la mala fede deve darne “ la prova „. — Si è opposto bensì dai citati autori che questa norma di legge non è applicabile al caso nostro, perchè, essendo scritta in materia di possesso dei beni, rimane estranea all'argomento del matrimonio; e perchè le presunzioni legali sono di stretta interpretazione (cf. articolo 1350). Ma crediamo si possa rispondere che la disposizione dell'art. 702 non può, per sè stessa, riguardarsi come una norma di natura *eccezionale*, motivata da ragioni *speciali* al possesso dei beni; essa non è, all'opposto, che la manifestazione di un concetto generale, quale è quello che, sino a prova contraria, si presume la onestà degli atti dell'uomo. E in effetto quale ragione intrinseca vi sarebbe per ammettere questa presunzione in ordine alla buona fede di un possessore non proprietario, e per escluderla in

ordine alla buona fede di chi contrasse un matrimonio? Il testo medesimo dell'art. 702, che dice essere *sempre* presunta la buona fede, conferma vieppiù nella idea che qui si è inteso di riconoscere ed applicare un principio d'ordine generale, e non di sancire una massima speciale, limitabile al caso per cui fu scritta.

Tuttavia la dottrina ha rilevato intorno a ciò una distinzione da farsi, e che sembra veramente conforme ai sani principii. Quando la parte che, non ostante la dichiarazione della nullità del matrimonio, vuol mantenerne gli effetti civili appoggiandosi alla *buona fede* con cui fu contratto, alleghi a quest'uopo un semplice *errore di fatto*, ella non ha bisogno di somministrarne la prova. La sua allegazione è assistita da una *presunzione naturale* che la dispensa da ogni prova ulteriore; cioè dalla presunzione suddetta che non siasi voluto scientemente contravvenire alla legge. In effetto non possono essere che eccezionali e rari i casi in cui due persone contraggano fra loro un matrimonio nullo, conoscendo le cause che ne producono appunto la nullità. Spetterà dunque alla parte che vorrebbe negati al matrimonio annullato tutti gli effetti civili che già ne derivarono, il provare la *mala fede* in cui alleghi essere stato contratto quel matrimonio.

Ma se, per sostenere che vi sia stata buona fede, si alleghi un *errore di diritto*, questo non potrebbe essere ritenuto come constatato abbastanza da una *presunzione naturale*, contro la quale starebbe la *presunzione legale* che niuno ignori la legge. Spetterà pertanto a chi adduca la buona fede il provare l'errore di diritto, e dimostrarlo scusabile, provando per esempio che la parte contraente sia stata tratta in inganno da persone capaci di illuminarla circa i precetti di diritto, alle quali persone ella siasi rivolta (1).

---

(1) V. Merlin, *Rép.* v° *Légitimité*, sect. I, § 1, n. 8; Aubry et Rau, § 460, n. 8; Marcadé, art. 202, § 2, t. I, n. 695; Demolombe, t. III, n. 359; Borsari, *Comm.*, art. 116, § 307; Pacifici-Mazzoni, op. cit., II, 186.

175. A stabilire la teoria generale riguardante *gli effetti* del matrimonio putativo, e determinare così i principii che valgano a risolvere le non poche nè lievi questioni che formano argomento di disputa in questa materia, basterà richiamare i punti fondamentali che intorno al matrimonio putativo furono dimostrati e svolti nei precedenti numeri di questo paragrafo.

Il matrimonio annullabile produce, fino a quando l'annullazione non sia dichiarata giudizialmente, gli effetti civili che deriverebbero da un matrimonio valido. La sentenza dichiarante l'annullamento ha però di necessità, appunto in forza del carattere suo puramente *dichiarativo*, un effetto che retroagisce fino al tempo in cui fu formato il matrimonio annullabile: di guisa che, dopo l'annullazione, esso si reputa in diritto come non mai esistito, e dovrebbero quindi, per principio generale, scomparire tutti gli effetti civili che pel carattere apparente del matrimonio ne erano derivati. — Per benigna eccezione però la legge conserva, non ostante l'annullamento del matrimonio, gli effetti civili ch'esso aveva prodotti, qualora sia stato contratto *in buona fede;* ma tutti gli effetti che avrebber potuto nascerne ulteriormente, dopo il tempo in cui seguì l'annullazione, divengono impossibili, non potendosi assolutamente ammettere che produca veruno effetto pel futuro quel matrimonio che per l'avvenuta annullazione non ha più nessuna esistenza agli occhi della legge. Se invece il matrimonio putativo dovesse non solo *conservare* gli effetti civili già nati, ma continuare a *produrne* di nuovi, tanto varrebbe non dar corso alla dichiarazione di nullità, e stabilire che la buona fede dei coniugi vale senz'altro come causa di *convalidazione* dei matrimoni nulli; il che falserebbe completamente il concetto dell'art. 116.

Così il *matrimonio putativo*, per ciò che riguarda gli effetti civili che gli sono attribuibili, è parificato ad un matrimonio di cui fosse avvenuto lo *scioglimento* in quel tempo in cui ne fu invece pronunciata l'annullazione. Gli sono

conservati *pel passato* tutti gli effetti civili ammessi dalla legge per un *matrimonio valido*, tutti gli effetti cioè che sarebbersi verificati, che avrebbero fatto luogo a *diritti acquisiti*, nell'intervallo tra la celebrazione del matrimonio e la dichiarazione giudiziaria della sua nullità; e questi sono conservati, senza limite di tempo, *per tutte le conseguenze giuridiche che anche in futuro possano derivarne* (1). Ma dopo la dichiarazione giudiziale non possono più sorgere dal matrimonio annullato *effetti nuovi*, che non costituissero già prima in favore di qualche persona dei diritti acquisiti; come non ne potrebber sorgere dal matrimonio valido che fosse stato disciolto.

Questo principio fondamentale dovrà servirci di guida nelle ricerche speciali che ora intraprenderemo, intorno ai vari rapporti nei quali gli effetti del matrimonio putativo devono essere considerati; rapporti concernenti *i coniugi stessi* tra loro, od *i figli* nati dal matrimonio annullato, quanto ai loro diritti e doveri verso i genitori o verso le famiglie di essi, o finalmente i coniugi od i figli *verso terze persone*.

176. *a*) Quanto agli effetti del matrimonio putativo *nei rapporti tra coniugi*, bisogna innanzi tutto distinguere se un solo dei contraenti od amendue siano stati *in buona fede*.

Se la buona fede, all'atto della celebrazione del matrimonio, è stata *comune ad ambedue gli sposi*, i loro rapporti reciproci sono regolati come se si trattasse di un matrimonio valido, di cui fosse avvenuto lo scioglimento nel giorno della sentenza che dichiara l'annullazione (art. 116, § I, codice civile).

Ne discende, innanzi tutto, che i diritti e doveri di *ordine morale* tra i coniugi (cf. articoli 130, 131, codice civile) cessano necessariamente di avere effetto tra i coniugi stessi.

---

(1) Cf. ZACHARIAE, § 460; LAURENT, II, 507.

All'incontro nei rapporti di *ordine pecuniario* non poche applicazioni e difficoltà sono da esaminare.

Pertanto, le convenzioni matrimoniali dovrebbero ricevere esatta e completa esecuzione. La *comunione di beni* che gli sposi avessero contratto, a termini degli articoli 1433 e seguenti del codice civile, reputerebbesi sciolta nel giorno della dichiarazione giudiziale di nullità del matrimonio, e farebbesi luogo alla divisione nei modi di legge; salvo alla sposa la facoltà di rinunziare alla comunione stessa a norma dell'articolo 1444, codice civile. — Farebbesi luogo ugualmente alla restituzione della *dote*, secondo gli articoli 1409 e seguenti, codice civile, poichè la condizione giuridica di un matrimonio nullo, ma putativo, è simile appunto a quella di un matrimonio disciolto. In tal caso i diritti e doveri del marito rispetto ai *frutti* della dote già percepiti, andrebbero regolati colle norme risultanti dagli articoli 116 e 703, codice civile (1). — Avrebbero parimenti pieno effetto i *lucri dotali* che fossero stati convenuti nel contratto di matrimonio (art. 1398, codice civile).

Solamente, ben s'intende, i vantaggi che gli sposi si fossero fatti l'un l'altro in quel contratto non potrebbero attuarsi fuorchè sotto le condizioni e nei tempi nei quali sarebbero divenuti esigibili, se il matrimonio fosse stato valido. Quindi i lucri dotali, che in caso di validità del matrimonio non hanno effetto fuorchè verificandosi la sopravvivenza del coniuge in vantaggio del quale sieno stati stipulati, ed a partire dal giorno della morte dell'altro coniuge, sarebbero subordinati alla condizione stessa ed esigibili soltanto a quel tempo.

Ma qual sarebbe la sorte delle *donazioni*, reciproche o no, che gli sposi si fossero fatte tra loro?

Il codice Francese non aveva disposizioni espresse che valessero a risolvere questo quesito. La dottrina però era d'accordo nel riconoscere: 1° che l'annullazione di un ma-

---

(1) Corte di Catania, 17 febbraio 1882 (*Fôro ital.*, VI, 1, 544).

trimonio, *non putativo*, dovesse render *caduca* la donazione fatta in contemplazione del matrimonio stesso, o si trattasse poi di donazione fatta per contratto di matrimonio dall'uno degli sposi all'altro o reciprocamente, o fatta da un terzo agli sposi od all'uno di loro; 2° che in caso di *matrimonio putativo* per *buona fede di ambedue i coniugi*, avessero pieno effetto sì per l'uno che per l'altro le donazioni, sia che fossero state fatte tra loro, reciprocamente o no, sia che fossero state fatte ad essi da terza persona; 3° che in caso di *buona fede per parte di uno solo dei contraenti*, dovesse mantenersi in favore di lui la donazione fattagli dall'altro coniuge o da un terzo, quand'anche nel primo caso si trattasse di *donazione reciproca;* ma all'opposto a profitto del coniuge *di mala fede* non dovesse avere effetto la donazione fattagli dall'altro coniuge o da un terzo, e solo in questo ultimo caso si avesse a mantenerla per riguardo ai figli che fossero nati dal matrimonio putativo (1).

Il codice Italiano ha risoluto espressamente la questione coll'articolo 1068. Nonostante, parecchi scrittori, per una svista di cui non sappiamo renderci ragione, hanno continuato la discussione, seguendo più o meno i diversi criteri della dottrina francese, oppure mettendo innanzi criteri individuali ed arbitrari. Così, il *Buniva*, occupandosi delle donazioni fatte da terzi ad uno degli sposi, pretende che anche quando la donazione sia stata fatta allo sposo che fu di mala fede, debba rimanere valida per effetto del matrimonio putativo, sul riflesso (del Demolombe) che la donazione in parola è da considerare come rivolta non al solo sposo di mala fede, ma anche alla prole che nascerà dal matrimonio (2). Il *Pacifici-Mazzoni*, nella prima edizione del suo corso aveva adottato teorie consimili a quelle insegnate dagli autori francesi; ma nelle

---

(1) Cf. Aubry et Rau, § 460, note 13-21; Demolombe, III, 367 e seg.; Laurent, II, 513-514.

(2) V. Buniva, *Dir. delle persone* (Torino, 1871), t. 1, p. 228.

edizioni successive si è corretto, uniformandosi al disposto dell'art. 1068 (1). Finalmente il *Ricci* presenta soluzioni così varie, da non lasciare facilmente intendere quale sia la vera sua opinione; perocchè comincia coll'affermare che " le donazioni fatte per causa di matrimonio rimangono " ferme „ nel caso di matrimonio putativo; soggiunge che " se una donazione abbia avuto luogo in contempla- " zione di matrimonio, il coniuge, cui è fatta, la conserva " se fu in buona fede, la perde se fu in mala fede „; ma poi finisce col sostenere che, dato un matrimonio putativo per buona fede dello sposo che fu donatario, la donazione debba restar valida, qualora sia provenuta a lui dall'altro sposo, debba invece divenire caduca, qualora la donazione sia stata fatta da un terzo (2).

Senonchè tutte queste riserve, limitazioni o distinzioni sembrano veramente inammissibili, di fronte al disposto del citato art. 1068 del codice civile Italiano, concepito in questi termini:

" *Qualunque donazione fatta in riguardo di futuro matri-* " *monio è senza effetto, se il matrimonio non segue.*

" *Lo stesso ha luogo se il matrimonio è annullato;* ma la " donazione *in quanto riguarda i figli*, rimane efficace *nei* " *casi espressi nell'articolo* 116, e sono pur salvi i diritti " acquistati dai terzi nel tempo intermedio „.

Senza sviluppare qui una trattazione che troverebbe altrove più acconcia sede, basterà accennare i principii che risultano manifestamente dal testo stesso della riferita disposizione, e coi quali il nostro codice ha chiaramente risolto le gravi questioni che la dottrina discuteva, non solo in ordine all'argomento speciale di cui ora ci occupiamo — degli effetti cioè del matrimonio putativo nei rapporti tra coniugi nel caso di buona fede di amendue — ma anche rela-

---

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Istit.* (1ª ediz.), Lib. I, nn. 331, 338, 340; 2ª ediz., II, 188 in f. e 190 in f.

(2) V. Ricci, *Dir. civ.* (2ª ediz.), I, 284, 286, e IV, 313.

tivamente all'ipotesi di buona fede di un solo dei contraenti, ed inoltre per ciò che concerne gli effetti del matrimonio putativo in rapporto ai figli, ed ai terzi.

1° Non può dubitarsi in primo luogo, che l'annullazione di un matrimonio non putativo rende caduca la donazione fatta in contemplazione di esso, o sia poi dall'un dei coniugi all'altro, o reciprocamente, o da un terzo. Lo dice troppo chiaramente il secondo paragrafo del nostro articolo, giusta il quale, in termini generali ed escludendo ogni distinzione possibile, è dichiarata *senza effetto qualunque donazione fatta in riguardo di futuro matrimonio, se questo è annullato.*

2° e 3°. *Nei casi espressi nell'articolo* 116, come dice l'art. 1068, § 2°, ossia nei casi di *matrimonio putativo*, sia poi per buona fede *di amendue* i contraenti (art. 116, § 1°) o *di un solo* (art. 116, § 2°), la nostra legge, respingendo le distinzioni e suddistinzioni che faceva la dottrina francese, stabilisce chiaramente quest'unica regola; che *ferma sempre la caducità* della donazione fatta in contemplazione del matrimonio annullato, *per ciò che concerne i coniugi stessi*, e non ostante la buona fede con cui essi abbiano contratto il matrimonio, la donazione medesima rimanga efficace *solo in quanto riguarda i figli*. Così pertanto, unicamente nel caso che la donazione fatta in riguardo di futuro matrimonio *contempli direttamente la prole nascitura*, la nostra legge ne mantiene l'efficacia in prò dei figli ai quali riguarda, non ostante l'annullamento del matrimonio, purchè però esso sia stato contratto in buona fede dagli sposi o da uno almeno di essi. Ma quando si tratti di donazioni fatte dall'uno degli sposi all'altro, o reciprocamente tra loro, o da altri a favore degli sposi, l'essere *putativo* il matrimonio annullato non impedisce l'applicazione del principio generale dell'articolo 1068, che pronuncia la caducità della donazione; non l'impedisce quando pure esistano i figli nati da quel matrimonio. Gli autori francesi che in quest'ultimo caso volevano si

mantenesse la donazione per benefizio dei figli, dividevansi però in opposte opinioni quanto al modo di applicare il loro principio. Alcuni riconoscevano allo stesso coniuge donatario, sebbene egli fosse stato *in mala fede* nel contrarre il matrimonio, il diritto di ritenere la donazione fattagli da un terzo, allegando che anche i figli indirettamente ne sarebbero avvantaggiati (1). Altri invece insegnavano che spettasse ai figli il diritto di raccogliere la donazione, tanto nel caso di premorienza del loro autore, quanto anche in quello di sopravvivenza di lui, che dicevasi dover essere escluso dall'approfittare di quella liberalità come *incapace*, non potendo per lui, in forza della sua mala fede, riguardarsi in nessun modo come civilmente efficace il matrimonio annullato (2). Il sistema seguito dal nostro codice, come vedesi dal riferito art. 1068, è molto più semplice, logico, e giustificato perfettamente dalla retta interpretazione della volontà delle parti, che pur deve essere la principal norma direttiva. Il futuro matrimonio, in contemplazione del quale una donazione sia fatta agli sposi, ne costituisce naturalmente la *condizione determinante e finale*. Ora questa condizione viene a mancare tanto se il matrimonio contemplato *non segua*, quanto, se celebrato, venga poi dichiarato giudizialmente *nullo*. — Quindi è che giustamente, tanto nell'una quanto nell'altra ipotesi, la legge dichiara *senza effetto* una tale donazione fatta agli sposi, senza distinguere se il matrimonio sia o non sia putativo, e nel primo caso se lo sia per buona fede di amendue i coniugi o di un solo, nè se la buona fede sia dal lato del donatario o dell'altro sposo, nè se da quel matrimonio siano o no nati figli.

Quando invece la donazione sia stata fatta, non a profitto degli sposi o d'uno di essi, ma della prole nasci-

---

(1) V. Aubry et Rau, l. c., nª 20.

(2) V. Demolombe, t. III, n. 382. — Il Laurent (II, 314) nega in tal caso anche ai figli il diritto di raccogliere i beni donati, per la considerazione che i figli stessi non hanno veste di donatari.

tura, ed i figli sieno riguardati come *legittimi* a tenore dell'art. 116, perchè il matrimonio sia *putativo* per la buona fede di amendue i contraenti o d'uno almeno di essi, la legge giustamente presume che secondo la volontà del donante la sola *legittimità dei figli*, non la validità perfetta del matrimonio, formasse la condizione determinante e finale della liberalità disposta a loro vantaggio; la quale perciò non debba riguardarsi come caducata, non ostante la dichiarazione di nullità del matrimonio, che conservi tuttavia il carattere di *putativo*.

Dopo queste spiegazioni sembra dimostrato abbastanza come, secondo il nostro codice, non possano ammettersi le teorie professate in questo argomento dai commentatori del codice Francese, e seguite, con alcune varianti, dai citati scrittori nostri. Se un dubbio, a primo aspetto, potrebbe sorgere da ciò che l'art. 1068 parla dapprima solo del caso che *il matrimonio non segua*, il dubbio è tolto affatto dal paragrafo secondo dello stesso articolo, il quale parifica completamente il matrimonio annullato al matrimonio *non contratto*, per ciò che concerne gli effetti della donazione fatta *in favor degli sposi;* e solo per quella *fatta a vantaggio dei figli*, ammette ch'essa non sia caducata, ma rimanga efficace per loro, qualora essendosi in uno dei casi di matrimonio putativo previsti dall'art. 116, quei figli sieno riguardati come legittimi (1).

---

(1) Con questa soluzione, che a noi sembra discendere apertamente dal testo dell'art. 1068, resta impregiudicata un'altra questione, la quale è *di puro fatto:* verificare, caso per caso, se giusta l'intenzione del donante, la donazione sia diretta personalmente agli sposi, o sia stata fatta anche a vantaggio della prole nascitura. Questo più largo pensiero del donante potrà argomentarsi, secondo le norme generali sulla interpretazione dei contratti, così dai termini espressi dell'atto, come dal contesto generale di esso e da tutte le circostanze che l'accompagnano (cf. art. 1131 e seg., cod. civ.). Ma crediamo perciò che pecchi per eccesso la opinione del Borsari (*Comm. Cod. civ.*, art. 116, § 309, p. 448-449), il quale vorrebbe che tutte indistintamente le donazioni fatte in riguardo di futuro matrimonio fossero da reputare come rivolte anche alla prole nascitura, e si dovessero quindi mantenere *in ogni caso* a profitto dei figli gli effetti delle donazioni medesime. Ciò, ne sembra, potrebbe condurre non di rado a risultati non

Stabilita, come pare, questa massima, diventerebbe oziosa l'altra questione; se in caso di donazione *reciproca* tra coniugi, il cui matrimonio sia putativo per la buona fede d'un solo di essi, quest'ultimo possa o no approfittare della liberalità fatta in suo favore dall'altro coniuge, sebbene questi in causa della sua mala fede non possa godere il benefizio della donazione fatta a lui.

Questa questione risolta variamente dagli autori francesi (1), non può ripresentarsi, se, giusta l'art. 1068, § 2°, codice Italiano, l'annullazione del matrimonio anche putativo, in contemplazione del quale sia stata fatta una donazione qualunque che non riguardi i figli ma gli sposi, rende *caduca* la donazione medesima.

176 *bis*. Da questa non breve digressione, nella quale per connessione naturale abbiam dovuto occuparci incidentemente anche degli effetti del matrimonio putativo per buona fede di uno solo dei coniugi, e degli effetti concernenti i figli nati dal matrimonio putativo ed i terzi, ritorniamo ora allo speciale argomento di questo numero; cioè agli effetti, nei rapporti tra coniugi, del matrimonio putativo per *buona fede di amendue* i contraenti.

Ci resta intorno a ciò di rispondere ancora ad un quesito importante, che è il seguente.

Potranno i coniugi, dopo l'annullazione del matrimonio putativo per amendue, esercitare ancora i *diritti di successibilità* reciproca stabiliti a favore del coniuge superstite dagli articoli 753 e seg., 812 all'814 del codice civile? (2). A questa domanda rispondono abbastanza i principii fondamentali già dimostrati superiormente (3). Il matrimonio

---

conformi alla intenzione del donante, ogni qualvolta egli avesse avuto in animo di beneficare precisamente e personalmente gli sposi, anzichè i figli che da loro possano nascere.

(1) V. Aubry et Rau, Demolombe, Laurent (ll. cc.).

(2) Della questione affine circa il diritto e dovere degli *alimenti* tra coniugi, ci occuperemo nella seconda parte di questo trattato.

(3) V. sopra, n. 175, p. 756.

putativo conserva gli effetti civili che sotto il suo carattere apparente ne erano già derivati; ma dopo l'annullazione non è più suscettibile di produrre *effetti nuovi* che non costituissero anteriormente veri *diritti acquisiti*, ma semplici speranze, semplici *aspettative*. Ora la *successibilità* costituisce appunto unicamente una speranza, un'*aspettativa*, fino all'aprirsi della successione che la cangia in un *diritto acquisito*. Se dunque del matrimonio putativo sia stata dichiarata la nullità prima dell'aprimento della successione d'uno dei coniugi, l'altro non potrà invocare questo *effetto civile del matrimonio stesso*. Ma se al contrario uno dei coniugi putativi fosse morto prima della dichiarazione di nullità del matrimonio, l'altro potrebbe invocare i diritti che al coniuge superstite accorda la legge nella successione del predefunto. Potrà avvenire così che, quando la causa di nullità del matrimonio putativo derivi da un anterior matrimonio ancora esistente, il coniuge vero ed il coniuge putativo si trovino in concorso nella medesima successione; ed allora essi vi parteciperanno in eguali proporzioni, come farebbero due figli che fossero nati da questi due matrimoni; perocchè avranno uguali diritti, fondati per l'uno sulla qualità legittima di vero coniuge, per l'altro sul favore della legge che parifica il matrimonio putativo al matrimonio valido (1).

Questa dottrina che accorda al coniuge superstite i diritti di successione, quando questa siasi aperta prima dell'annullamento del matrimonio, ma glie li nega nel caso opposto, è generalmente accettata dagli scrittori francesi ed italiani (2). Contro di essa è sorta però una opinione di non poca autorità, la quale darebbe in questo rapporto una estensione maggiore agli effetti del matrimonio puta-

---

(1) V. MARCADÉ, art. 202, n. 698; DEMOLOMBE, III, 378.

(2) V. MARCADÉ, l. c.; DEMOLOMBE, III, 370; AUBRY et RAU, § 460, nª 16; PACIFICI-MAZZONI, *Istit.* (2ª ediz.), II, 188; RICCI, *Dir. civ.* (2ª ed.), I, 285; BUNIVA, *Dir. delle persone* (Torino, 1871), I, pag. 225; BORSARI, *Comm. Cod. civ.*, art. 116, § 310.

tivo, ritenendo che anche quando l'annullamento del matrimonio preceda l'apertura della successione, debbano competere ugualmente al coniuge superstite i diritti stabiliti nell'art. 767 codice Francese e negli art. 753, 812 e seguenti, codice Italiano.

Si osserva, a sostegno di questa tesi, che se il rigore dei principî condurrebbe soltanto a conservare gli effetti giuridici già nati ed a lasciar luogo anche alle conseguenze ulteriori dei diritti il cui titolo sia anteriore all'annullamento del matrimonio; pure non devesi dimenticare che qui siamo nel campo della *finzione*, la quale può pure spingersi fino a mantenere in prò dei coniugi i diritti *eventuali* di successione che possono aprirsi posteriormente all'annullamento del matrimonio. E si dice essere ciò tanto più ammissibile, in quanto che (come vedremo poi) i diritti eventuali di successione sono mantenuti dalla legge a profitto dei figli, avendosi così per essi un effetto civile del matrimonio che sorge e si produce dopo l'annullamento di questo. Se quindi la stretta logica del diritto non impedisce i diritti successori dei figli, anche pel tempo avvenire, non può impedire neppure quelli dei coniugi tra loro (1). Sembra però chiaro l'equivoco di questo ragionamento che difetta nel punto stesso della sua partenza; poichè ben diversa, nel rapporto di cui si tratta, è la posizione dei figli da quella dei coniugi. La condizione dei figli legittimi, determinandosi irrevocabilmente al momento della nascita, si mantiene anche dopo la dichiarazione di nullità del matrimonio, una volta che questo, per essere putativo, conserva gli effetti civili anteriormente costituiti; pei figli dunque lo stato loro personale rappresenta un diritto acquisito, e per sua natura non suscettibile di cessazione, talchè i diritti di successione che in lor favore si aprano in seguito non sono che una conseguenza ed uno svolgimento di quel diritto generale acqui-

(1) V. Laurent, II, 511; seguito da De-Filippis, *Corso di dir. civ.*, IX, 132.

sito. Non così può dirsi della qualità di coniuge, la quale dipende necessariamente dallo stato di matrimonio, ossia è basata sopra un titolo di acquisto non istantaneo, ma continuativo; colla dichiarazione giudiziale di nullità del matrimonio putativo, *cessa* veramente lo stato coniugale (sarebbe distrutto retroattivamente, senza il beneficio speciale ammesso dalla legge), e si ha un vero scioglimento del matrimonio, come si avrebbe nell'istituto del divorzio. Se quindi sparisce per l'avvenire la qualità di coniuge, se per l'avvenire vengono a cessare (come sopra fu rimarcato e non può seriamente negarsi da alcuno) i diritti e doveri morali tra coniugi, di fedeltà, di assistenza, viene a mancare assolutamente ogni base anche ai diritti di successione reciproca che ulteriormente si aprissero. Così non sembra che siavi qui ragione sufficiente di censura alla opinione generale.

Risoluta però questa questione di principio, ne rimane una seconda subalterna e di qualche rilievo: l'essere o non essere acquisiti i diritti, invocati come effetti civili del matrimonio putativo, dovrà veramente considerarsi in relazione al tempo in cui fu *chiesta*, od a quello in cui fu *pronunziata* in giudizio, la dichiarazione di nullità? Ovvero, in altri termini, la sentenza che dichiari la nullità dovrà considerarsi come *retroattiva sino al giorno della domanda* (com'è secondo l'articolo 1420 del codice civile quella che pronunzi la separazione dei beni), per ritenere cessata fin da quel giorno la *produzione di nuovi effetti* del matrimonio putativo annullato, salvo la conservazione di quelli che già ne erano derivati?

È manifesta l'importanza di questo quesito, in ordine ai diritti di successibilità reciproca de' coniugi; imperocchè, data quella retroattività di effetti della sentenza, il coniuge putativo superstite non potrebbe invocare i diritti di successione nella eredità dell'altro la cui morte fosse avvenuta nell'intervallo tra l'introduzione dell'azione in nullità e il proferimento della sentenza. E pari impor-

tanza può avere il detto quesito anche in altri rapporti; per esempio, quanto al doversi ritenere sciolta dal giorno della domanda, o piuttosto da quello della dichiarazione di nullità, la comunione di beni che nel contratto di matrimonio fosse stata pattuita tra i coniugi.

È necessario avvertire, innanzi tutto, come in questo tema non potrebb'essere ben fondato l'argomento di analogia che si volesse dedurre dalla disposizione del citato articolo 1420, codice civile. Là si tratta della separazione de' beni che la moglie chiegga per assicurare i proprii diritti contro i pericoli che sorgono dal disordine degli affari del marito (art. 1418, cod. civ.). In questo stato di cose era prudente, necessario anzi per lo scopo medesimo della legge, che la domandata separazione avesse effetto retroattivo fino al giorno della dimanda, affinchè nell'intervallo tra questa e la pronunciazione della sentenza, i pericoli a cui sono esposti gli interessi della moglie non si aumentassero, e non potesser giungere talvolta fino a rendere completamente inutile il rimedio che la legge volle procacciare alla moglie. Nulla di somigliante vi ha nel caso nostro, in cui l'oggetto diretto e principale della domanda fatta in giudizio non è la semplice separazione dei beni, in un matrimonio del resto perfettamente valido, ma è l'annullazione del matrimonio stesso. La retroattività di effetto della sentenza che pronunci quest'annullazione non si limiterebbe, secondo i principii, a risalire soltanto al tempo in cui fu introdotta in giudizio l'azione di nullità, ma si estenderebbe fino al momento della celebrazione stessa del matrimonio; il quale dovrebbe considerarsi in diritto come non avvenuto. La legge, invece, per un favore eccezionale, per considerazioni di equità, per motivi di alto interesse anche pubblico, ha voluto che al matrimonio *putativo* sieno conservati gli effetti civili ch'esso ha prodotti. Ma pertanto quelle stesse considerazioni, quei medesimi interessi esigono che il favore della legge non si limiti agli effetti verificatisi fino al giorno della domanda,

ma comprenda anche quelli che il matrimonio annullabile ha prodotti fino al giorno in cui la sentenza dichiarativa di nullità, troncando quella vita giuridica che tale matrimonio aveva pure sotto il suo carattere apparente, è venuta a farlo considerare come se in quel giorno stesso ne fosse avvenuto lo scioglimento. — A queste idee è inoltre perfettamente conforme il testo dell'articolo 116, che parla di matrimonio *dichiarato nullo*, e di fatti avvenuti *prima dell'annullamento* di esso.

Conchiudiamo dunque che gli effetti civili mantenuti dalla legge al matrimonio putativo sono tutti quelli che siansi verificati ed abbiano costituiti veri diritti acquisiti, fino al giorno in cui è stata pronunciata la sentenza definitiva di annullazione; che perciò il coniuge putativo superstite avrebbe diritto alla successione dell'altro che si fosse aperta nell'intervallo tra il giorno in cui fu intentata e quello in cui fu dichiarata in giudizio la nullità; che parimenti gli acquisti fatti nel medesimo periodo di tempo cadrebbero nella comunione, che fosse stata convenuta, la quale non riputerebbesi sciolta che colla pronunciazione della sentenza di annullamento (1).

176 *ter*. Discendendo ora alla seconda parte della distinzione, dalla quale siamo partiti in principio di questo numero, il secondo paragrafo dell'articolo 116 già riferito scioglie in modo espresso il caso di un matrimonio annullabile in cui siavi stata *la buona fede di un solo dei coniugi*.

Il matrimonio putativo non conserva allora i suoi effetti civili fuorchè *in favore del coniuge di buona fede*, mentre a quello di mala fede non è lecito invocarli (2); situazione singolare, si è detto con ragione, nella quale il matrimonio

---

(1) V. Marcadé, art. 202. § 4, t. I, n. 701; Demolombe, III, n. 468; Borsari, Op. e loc. cit.; Pacifici-Mazzoni, *Istit.* (2ª ed.), II, 187.
(2) V. sopra, n. 173, pag. 738, e n. 176, p. 757.

si considera legalmente sussistito per l'uno solo dei coniugi, mentre per l'altro rimane assolutamente distrutto; ciò che può spiegarsi unicamente mediante la *finzione* che la legge introduce per riguardi di equità e di ordine generale.

Restringendoci pertanto all' argomento attuale degli effetti del matrimonio putativo nei rapporti tra i coniugi, è certo che il solo coniuge di buona fede potrà giovarsi contro l'altro dei diritti risultanti in suo favore, per es., dal contratto matrimoniale, dalla comunione di beni che in quel contratto siasi pattuita, ecc.; mentre il coniuge di mala fede non potrà invocare altro che le *conseguenze di fatto* derivate dal seguito matrimonio.

Tuttavia, non trattandosi che d'un benefizio ammesso dalla legge in favore del coniuge di buona fede, ed ognuno potendo sempre rinunciare ai vantaggi che gli sono offerti, non v'ha dubbio che nulla impedirebbe anche al coniuge di buona fede di approfittare delle conseguenze di fatto del matrimonio celebrato nullamente, piuttosto che invocare i diritti che gli effetti civili di quel matrimonio gli attribuirebbero. Così, per esempio, invece di chiedere l' eseguimento delle convenzioni matrimoniali, e della comunione di beni che in esse fosse stata stipulata, potrebbe esigere la semplice restituzione di ciò che pel contratto matrimoniale avesse dato, e chiedere la liquidazione de' proprii diritti sulle basi d'una società ordinaria pei beni messi in comune, piuttostochè domandarla secondo le regole speciali della comunione dei beni tra coniugi (1).

È certo però che in questa facoltà di scelta lasciata al coniuge di buona fede, non potrebb'esser lecito a lui di scinderne gli effetti, ed approfittando di ciò che gli fosse utile rifiutare quello che gli fosse dannoso. Così se egli volesse giovarsi della comunione di beni che avesse sti-

---

(1) Cf. Laurent, II, 513.

pulata nel contratto di matrimonio, dovrebbe accettare tutti gli effetti che da quella comunione derivassero a termini del contratto stesso e della legge.

177. *b*) Quanto alla seconda delle ricerche che ci proponiamo in ordine a questo argomento degli effetti del matrimonio putativo (1) importa, prima d'ogni altra cosa, notare la gravissima differenza che vi ha tra i rapporti, derivanti dal matrimonio putativo, che concernono i *diritti dei genitori verso i figli*, e quelli che riguardano i diritti di questi verso quelli, e i rapporti reciproci di diritti e di obbligazioni tra i figli e gli altri parenti legittimi dei genitori.

I diritti dei genitori verso i figli costituiscono altrettanti effetti civili del matrimonio, riguardanti i genitori stessi, e che in loro favore sono stabiliti dalla legge. È quindi naturale l'applicare anche qui la distinzione stessa che abbiam visto dominare sulle norme direttive dei rapporti dei coniugi tra loro; la distinzione cioè tra i casi nei quali amendue i contraenti od uno solo di essi sieno stati *in buona fede* al momento della celebrazione del matrimonio. Cosicchè, se la buona fede sia stata in amendue, l'uno e l'altro parimente godrà, sulle persone e sui beni dei figli nati dal matrimonio putativo, di tutti quei diritti che gli sarebbero attribuiti da un matrimonio valido; mentre in caso diverso ne godrà quello solo dei coniugi che abbia contratto il matrimonio in buona fede. È ciò che precisamente risulta dal testo del nostro articolo 116; nel primo paragrafo del quale, supponendosi che il matrimonio dichiarato nullo sia stato contratto in buona fede da amendue i coniugi, si dichiara ch'esso *produce gli effetti civili tanto riguardo ai coniugi, quanto riguardo ai figli;* nel secondo paragrafo invece, fatta la ipotesi che *un solo dei coniugi sia in buona fede*, si stabilisce che *il*

---

(1) V. sopra n. 175 in f., pag. 757.

matrimonio non produce gli effetti civili se non in favore di lui e dei figli.

Nè in questa regola potrebbe scorgersi una contraddizione col principio della *indivisibilità dello stato personale*. È ben vero che lo stato di figliazione legittima suppone necessariamente e contemporaneamente legittime tanto la paternità quanto la maternità, e non sarebbe concepibile giuridicamente che taluno fosse ad un tempo figlio legittimo rispetto ad uno dei proprii genitori e figlio illegittimo rispetto all'altro. Ma la nostra regola non contraddice punto a questo principio, e riconosce *nel figlio* la qualità di legittimo rispetto ad amendue i genitori, quantunque uno solo di essi sia stato in buona fede nel contrarre il matrimonio; la privazione colpisce soltanto la persona del genitore che fu in mala fede, non ammettendosi a favor suo i diritti che nascerebbero dalla paternità legittima. Ciò, com'è chiaro, riesce a scindere non lo stato personale di figlio, in sè considerato, ma solo gli effetti di questo stato rimpetto al genitore; ed è perfettamente ragionevole e giusto, se, come nel caso nostro, per infliggere una meritata pena civile a chi in mala fede contravvenne alla legge, e per istabilire una sanzione che guarentisca efficacemente l'osservanza delle disposizioni di essa, si privi quella persona del benefizio degli effetti civili che la legge medesima annette a quello stato quando sia validamente, od almeno in buona fede, contratto.

Queste stesse considerazioni traggono però manifestamente a conclusione opposta, a ritenere cioè inapplicabile la distinzione tra i casi di buona fede di amendue i coniugi o d'uno solo di essi, quando gli effetti civili del matrimonio putativo si considerino in qualunque altro rapporto fuor quello dei *diritti dei genitori* sulle persone e sui beni dei figli.

I *diritti dei figli verso i genitori* non possono certamente subire l'influenza della mala fede in cui uno dei genitori abbia contratto il matrimonio, per negare verso di lui ai

figli medesimi quei diritti che costituiscono gli effetti civili del loro stato di figliazione legittima. L'essenziale indivisibilità di questo stato fa sì che, per necessità delle cose, esso debba appartenere loro tanto verso il genitore di mala fede, quanto verso quello di buona fede. Qual mai ragione potrebb'esservi che giustificasse l'essere tuttavia negati gli effetti civili di quello stato ai figli verso quello dei genitori che fu in mala fede? Il fatto colpevole di lui, che scientemente violò la legge, sarebbe così rivolto a vantaggio di lui medesimo ed a danno dei figli innocenti.

Quanto poi ai *rapporti reciproci* di diritti e di obbligazioni tra i figli nati da un matrimonio putativo e le famiglie legittime dei genitori, è chiaro altrettanto che per la indivisibilità stessa del loro stato, essendo essi reputati far parte delle famiglie legittime di amendue i genitori, sebbene un solo di essi abbia contratto il matrimonio in buona fede, non vi sarebbe motivo che potesse giustificare nè di privare i figli degli effetti civili di quella loro parentela legittima nella famiglia del genitore di mala fede, nè di privare i parenti della reciprocità di tali effetti togliendo loro i diritti corrispondenti verso quei figli.

178. Premesse queste idee generali intorno agli effetti che sono attribuiti dalla legge civile al matrimonio putativo, in rapporto ai figli che ne sieno nati, e prima di occuparci dello studio speciale di tali effetti, ci resta di fare cenno d'una questione importante che era controversa in diritto francese, e che sciolta espressamente nella sua parte principale dal codice Italiano, lascia però ancora qualche dubbio assai grave da risolvere.

Gli articoli 201 e 202 del codice Francese limitavansi a riconoscere in favore dei figli *nati dal matrimonio putativo* gli effetti civili che si sarebbero avuti, se quel matrimonio fosse stato valido. Da ciò nasceva la questione se il matrimonio putativo dovesse produrre fra gli altri suoi effetti civili, anche quello di *legittimare i figli che gli sposi avessero*

avuti da un commercio anteriore alla celebrazione di quel matrimonio.

E nel risolverla gli autori francesi erano ben lungi dall'essere d'accordo nelle loro opinioni; affermando alcuni, altri negando, in modo ugualmente generale ed assoluto, che si verificasse la legittimazione pel susseguente matrimonio putativo, altri invece distinguendo se si trattasse di figli naturali semplicemente, ovvero di figli incestuosi o adulterini, e ritenendo che nel primo caso soltanto la legittimazione si effettuasse.

Nelle discussioni che avvennero pel codice Italiano, uno dei componenti la Commissione coordinatrice " onde evi-
" tare che si rinnovi la grave disputa sorta in Francia al
" dirimpetto delle identiche disposizioni degli articoli 201
" e 202 del codice Francese, sul determinare se il matri-
" monio putativo produca effetti giuridici solo a riguardo
" dei figli nati da tale matrimonio, o anche di quelli nati
" da precedente relazione illecita, propone di cambiare la
" prima parte del detto art. 125 nel modo seguente:
" *Il matrimonio dichiarato nullo, se contratto in buona fede,*
" *produce ciò non ostante gli effetti civili tanto a riguardo dei*
" *coniugi quanto dei figli anche nati precedentemente a tal*
" *matrimonio e riconosciuti nel modo stabilito nell'art.* 193.
" La Commissione, sebbene non creda doversi risolvere
" per legge tutti i punti di controversia che può presen-
" tare il codice, tuttavia annuisce in massima a questa
" proposta, stante la gravità della quistione e la fluttua-
" zione della giurisprudenza in proposito, salva, occor-
" rendo, altra redazione della medesima, in conformità
" delle deliberazioni prese per altre proposte state pure
" adottate in massima „ (1).

Fu così accolta l'aggiunta che ora leggiamo nel primo paragrafo dell'art. 116, secondo cui il matrimonio putativo produce gli effetti civili riguardo ai figli *anche nati*

---

(1) V. Proc. verb. n. 9, § 4.

prima del matrimonio, purchè riconosciuti prima dell'annullamento di esso. E ciò riesce in sostanza a stabilire che, siccome i figli nati prima del matrimonio possono essere in forza di esso legittimati, qualora anteriormente o contemporaneamente o posteriormente alla celebrazione del matrimonio stesso quei figli siano stati legalmente riconosciuti (articoli 194, 197, codice civile), così questo medesimo effetto della legittimazione debbasi pure attribuire al matrimonio putativo. Questa soluzione data alla grave quistione, che agitavasi in diritto francese, è infatti logicamente conforme ai principii; imperocchè se il matrimonio putativo deve sempre produrre in favore dei figli tutti quegli effetti civili che sarebbero derivati per essi dal matrimonio che fosse stato validamente celebrato tra i loro genitori, e se tra gli effetti civili del matrimonio valido deve annoverarsi anche la legittimazione dei figli nati prima di quel matrimonio e legalmente riconosciuti, deve discenderne per necessaria conseguenza che anche il matrimonio putativo abbia a produrre pei figli questo stesso effetto civile della legittimazione che attribuisce ad essi la qualità medesima dei figli legittimi (detto art. 194, codice civile). Siccome però la legittimazione per susseguente matrimonio non si compie fuorchè col concorso della condizione che i figli nati fuori di matrimonio sieno stati legalmente riconosciuti, epperò questi figli non acquistano la qualità e i diritti di legittimi se non dal giorno del riconoscimento, qualora questo sia stato posteriore al matrimonio (detto art. 197, codice civile); e siccome da altra parte il matrimonio putativo conserva bensì tutti gli effetti civili che pel suo carattere apparente ne erano derivati prima dell'annullazione, ma dopo che questa è stata dichiarata giudizialmente non può più produrre effetti nuovi i quali non avessero costituito già prima dei diritti acquistati (1); così è manifesta la conseguenza, che

---

(1) V. sopra n. 175, p. 756.

solamente quando i figli nati anteriormente alla celebrazione del matrimonio putativo siano stati riconosciuti *prima dell'annullamento* del matrimonio medesimo, si verifichi in loro favore la legittimazione. È questa la condizione che veggiamo pertanto giustamente espressa nelle ultime parole del § 1°, art. 116, codice civile.

È da avvertire per altro come la legge esiga unicamente che sia *anteriore all'annullamento* del matrimonio l'atto di riconoscimento dei figli; sia anteriore cioè alla pronunciazione della sentenza definitiva che dichiari la nullità. Cosicchè produrrebbe ancora legittimazione il susseguente matrimonio putativo, quando i figli fossero stati legalmente riconosciuti *dopo introdotta in giudizio* l'azione di nullità, ma prima che la sentenza fosse pronunciata. E questa massima è infatti conforme ai principii altra volta dimostrati. È troppo chiaro, del resto, che poichè il matrimonio putativo produce la legittimazione dei figli *nati prima della celebrazione* del matrimonio medesimo, purchè riconosciuti *anteriormente all'annullazione* di esso, a maggior ragione dovrebbe derivarne lo stato di legittimità per quei figli che *concepiti prima* fossero però *nati dopo la celebrazione del matrimonio*, e non ne fosse stata disconosciuta la paternità, o non potesse esserla pel verificarsi d' uno dei casi eccezionali contemplati nell'art. 161, codice civile.

Nonostante che colla disposizione espressa del nostro articolo 116 sia stata così tolta di mezzo la parte principale della questione che il codice Francese abbandonava totalmente alla dottrina ed alla giurisprudenza, quella questione però non è risoluta esplicitamente in ogni suo aspetto possibile. Infatti si può ancora dubitare se il medesimo effetto della legittimazione possa derivare dal matrimonio putativo anche pei figli *adulterini* od *incestuosi*. Due individui, fra i quali non potevasi contrarre matrimonio per impedimento nascente da matrimonio precedente non ancora sciolto (articolo 56, codice civile) o da vincolo di parentela o di affinità in linea retta, o di paren-

tela in linea collaterale nel secondo grado (articoli 58, 59, n. 1°, codice civile), dei quali però uno almeno ignorava l'esistenza di quell'impedimento, ebbero fra loro una relazione illecita da cui nacque un figlio. Questi individui si uniscono poi in matrimonio, esistendo pur sempre lo stesso impedimento e la stessa buona fede. Quel figlio ne sarà legittimato? Tale è il dubbio a cui può lasciar luogo l'articolo 116 del nostro codice. Ed un riputato scrittore ha insegnato doversi ammettere la legittimazione, come effetto del matrimonio putativo, anche in favore dei figli *incestuosi* o *adulterini* (1). — Gli argomenti principali a cui questa opinione vorrebbesi raccomandata sono: 1° la espressione assoluta e generale dell'art. 116; 2° il riguardo dovuto alla buona fede dei coniugi o d'uno almeno di essi, la qual buona fede dovrebbesi ritenere bastante a *purgare il vizio della nascita* incestuosa o adulterina; 3° il riguardo infine dovuto alla prole innocente.

Quanto alla prima osservazione, è facile rilevare che se l'articolo 116 usa di termini generali, quando parla di *figli nati prima del matrimonio*, fa però susseguir subito una limitazione, dicendo che quei figli debbano essere stati *riconosciuti prima dell'annullamento del matrimonio stesso.* Ora a tenore dell'articolo 180, *non possono essere riconosciuti* i figli nati da persone di cui anche una soltanto fosse al tempo del concepimento legata in matrimonio con altra persona, o tra cui non poteva sussistere matrimonio per vincolo di parentela o di affinità in linea retta in infinito, o per vincolo di parentela in linea collaterale nel secondo grado. Le parole dell'articolo 116 sono dunque ben lontane dall'essere così assolute che comprendano indistintamente tutti i figli illegittimi: al contrario escludono anzi espressamente quei figli che essendo adulterini od incestuosi *non possono essere riconosciuti.* — A questa

---

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Istit.* (2ª ed.), II, 189, in nota; seguito da Ricci, *Dir. civ.* (2ª ediz.), I, 287 in fine.

nostra osservazione ha creduto il *Pacifici-Mazzoni* di poter rispondere che con la espressione *figli riconosciuti prima dell'annullamento del matrimonio* la legge intende riferirsi al puro *fatto* del riconoscimento, senza richiedere però la validità legale del riconoscimento stesso; sicchè la proibizione del riconoscimento di figli adulterini o incestuosi resterebbe fuori, a suo avviso, dal concetto dell'art. 116. La risposta sembra però più ingegnosa ed ardita che attendibile; repugnando troppo il supporre che il legislatore abbia voluto, con una frase incidentale e perciò stesso di semplice richiamo, sancire una massima così grave quale sarebbe quella di attribuire valore giuridico ad un riconoscimento di figliazione che altrove esso ha solennemente e ripetutamente respinto; essendo invece naturale e logico il pensare che quando la legge parla di riconoscimento, richiedendolo come condizione di un rapporto giuridico, intenda parlare di un riconoscimento legale, conforme e non contrario alle norme da essa stabilite. Aggiungasi che se qui dovesse bastare (come pretende il *Pacifici*) il fatto materiale, senza richiedersi un atto legale di riconoscimento, questo preteso criterio dovrebbe valere eziandio per dispensare dalle condizioni *di forma* a cui l'atto medesimo è subordinato; conseguenza manifestamente troppo arbitraria, per poter essere ammessa.

A questo argomento di testo altri se ne possono aggiungere, tratti dai principii generali e dal sistema adottato dalla nostra legislazione in argomento di figliazione adulterina o incestuosa.

Il matrimonio putativo produce, in favore dei figli, tutti quegli effetti civili che potrebbero derivare da un matrimonio valido; ma sarebbe strano che si potesse attribuirgliene dei maggiori. Ora se, contro il voto della legge che vieta il riconoscimento, accada che la paternità e maternità adulterina od incestuosa risulti constatata, tutto ciò che può derivarne è il diritto del figli agli alimenti (articolo 193, codice civ.); ma quella constatazione della figlia-

zione illegittima, congiunta anche al susseguente matrimonio che avesse potuto essere e fosse realmente stato contratto tra i genitori, non potrebbe mai produrre la legittimazione (art. 195, codice civile). Come dunque potrebbesi ottenere da un matrimonio semplicemente *putativo* questo effetto che un *matrimonio valido* sarebbe inetto a produrre?

Si oppone che nella nostra ipotesi si verifica l'elemento particolare della *buona fede* in uno od in amendue i genitori; la quale si pretende che valga a *sanare il vizio della nascita adulterina o incestuosa.* E si osserva, a rinforzo di questo concetto, che il matrimonio putativo non riposa sulla realtà, ma sulla *finzione* la quale ha tutta la sua base nella buona fede dei coniugi o di uno di essi; dal che si crede di poter dedurre che la buona fede dei coniugi *escluda legalmente il carattere incestuoso o adulterino della loro unione*, come nei rapporti tra i coniugi stessi, così per lo stato dei figli nati da quella unione. Senonchè questo ragionamento (che il *Pacifici* non esita a dire chiaro come la luce del sole) riesce ad esagerare in modo strano la portata della finzione che è implicita nell'istituto del matrimonio putativo, e riesce insieme a falsare il punto di vista della nostra questione. La finzione infatti, qui ammessa dalla legge, consiste e può consistere soltanto nel conservare al matrimonio putativo quegli stessi effetti civili che sarebbero derivati da un matrimonio valido; non può certamente spingersi (fu notato dianzi) fino ad attribuirgli effetti maggiori. Ora se un matrimonio anche perfettamente valido *non ha* l'effetto di legittimare i figli adulterini o incestuosi anteriormente nati (articoli 195 e 180, codice civile), come mai può sostenersi che in conseguenza di un matrimonio meramente putativo quei figli cessino di essere considerati come adulterini o incestuosi? E se la stessa validità e lecitezza del matrimonio susseguente non vale, per l'art. 195, a cancellare il vizio della nascita adulterina o incestuosa dei figli, ciò stesso è prova evidente che, nel

sistema della legge, i rapporti coniugali tra i due genitori restano *distinti* e indipendenti da quelli concernenti lo stato dei figli anteriormente nati, e che quindi il matrimonio putativo potrà regolarizzare, sino ad un certo punto, la posizione dei due coniugi tra loro, senza però modificare lo stato originario dei figli. La legge d'altronde non vieta il riconoscimento e la legittimazione dei figli adulterini od incestuosi per punire la colpa dei genitori, ma per l'indole intrinseca dello stato in cui sventuratamente si trovano questi innocenti; il quale stato, ragioni d'alto interesse sociale vietano al legislatore di poter parificare a quello di figliazione legittima od anche solo di figliazione *naturale* semplice, non adulterina nè incestuosa. È dunque inammissibile affatto l'idea che la buona fede dei genitori o di uno di essi possa *sanare il vizio della nascita adulterina o incestuosa*, mentre lo stato dei figli, che si pretenderebbe purgare, non dipende punto dalla buona o mala fede dei genitori, ma unicamente dal non essere stato neppur possibile fra questi il matrimonio, al tempo in cui il figlio fù concepito, in causa d'impedimento nascente da matrimonio anteriore non ancora sciolto, o da vincolo di parentela o di affinità.

Si invoca da ultimo il riguardo dovuto ai figli innocenti, i quali — si dice — non potrebbero senza ingiustizia essere colpiti di riprovazione per incesto od adulterio, quando non si può rimproverarne il loro genitore che era in buona fede. Ma anche a questo argomento è facile il rispondere; poichè esso pure parte dalla falsa idea che la condizione giuridica deteriore che è fatta dalla legge allo stato di figliazione adulterina od incestuosa rivesta il carattere di una specie di pena imposta ai figli per la colpa dei loro genitori. Il che è ben lungi dalle viste del legislatore, il quale, soltanto per ragioni d'ordine e d'interesse sociale, non ha potuto attribuire alla figliazione procedente da adulterio o da incesto effetti uguali a quelli che potè ammettere per la figliazione semplicemente naturale, e molto

meno poi concederle di assumere qualità pari a quelle della figliazione legittima.

Veramente havvi un caso in cui la figliazione stessa adulterina od incestuosa è riguardata dalla legge, per benigna sua finzione, come se fosse legittima; e questo risulta dal medesimo articolo 116 del codice civile. Se il figlio non sia solo *nato* ma *concepito durante il matrimonio* contratto da persone fra le quali esisteva l'impedimento, ignorato da una almeno di esse, e dipendente dall'esistenza attuale di un matrimonio anteriore, o da vincolo di parentela o di affinità in linea retta, o di parentela in linea collaterale nel secondo grado, quel figlio sarà riputato *legittimo* a termini del detto articolo 116. Da ciò potrebbesi trarre un argomento assai potente in favore dell'opinione che combattiamo; potrebbesi dire assurdo e contraddittorio che i figli incestuosi o adulterini, mentre possono talvolta essere riputati *legittimi*, non potesser mai essere *legittimati*. Tuttavia anche a questa obbiezione vi è una risposta. Il figlio concepito durante il matrimonio putativo è il frutto della stessa unione coniugale, che essendo stata contratta in buona fede giustifica la benigna disposizione della legge, la quale considera come se fosse legittimo quel figlio che non sarebbe nato senza l'errore innocente in cui cadde chi lo generò. All'opposto il figlio concepito fuori di matrimonio è sempre il frutto di un disordine, di una sregolatezza; epperò non è da meravigliare che la legge non si presti mai a sollevare questo stato del figlio al grado della legittimità, non ostante il fatto posteriore di un matrimonio contratto nullamente, sebbene in buona fede, dai genitori di lui. Del resto, possa in questo o in altro modo giustificarsi questo risultato, esso è però conseguenza necessaria del sistema della legge; poichè per la legittimazione dei figli anteriormente nati essa pone a condizione fondamentale il riconoscimento, e il riconoscimento non è possibile rispetto ai figli adulterini o incestuosi (1). Ma questa

(1) Il Laurent (II, 509) dice anzi che la questione " ne peut pas même

disparità di condizione tra i figli nati prima e quelli nati in costanza del matrimonio, non presenterà mai tanto di incoerenza e di assurdità, quanto s'incontra nella dottrina contraria, ammettendo che la prole adulterina o incestuosa possa essere *legittimata* da un matrimonio putativo, mentre non può essere legittimata da un matrimonio valido. Per sfuggire alla forza di questa considerazione, si è in ultima analisi dovuto ricorrere (ed ha ricorso il *Pacifici*) a questa idea; che la finzione inerente al matrimonio putativo non consista solo nel considerarlo pel passato come contrattato validamente, ma autorizzi eziandio *a fingere che esso sia stato celebrato in epoca anteriore*, al tempo in cui la prole adulterina o incestuosa fu generata!

Accolta, come ci sembra doversi accogliere, la massima che nega al matrimonio putativo l'effetto di legittimare i figli adulterini o incestuosi anteriormente nati (1), resterebbe da esaminare se la medesima soluzione debba valere rispetto ai figli che siano *nati* bensì dopo la celebrazione del matrimonio putativo, ma siano stati *concepiti* prima di esso. In questo ulteriore aspetto la questione si connette ad un altro punto di diritto assai grave e fortemente controverso: quale sia, secondo l'articolo 160 del codice, la vera condizione giuridica del figlio concepito prima, ma nato in costanza del matrimonio, se cioè debba riguardarsi come figlio *legittimo* o come figlio *naturale legittimato*. Di tale questione ci siamo già occupati diffusamente (2); e dovremo ritornarvi a suo tempo.

179. Passando ora agli altri effetti speciali del matrimonio putativo in ordine *ai figli*, le nostre ricerche si dividono naturalmente sopra i tre punti principali enun-

---

" être agitée „ — soggiungendo " il y a assez de controverses sans que " l'on crée d'inutiles „.

(1) In questo senso: Borsari, *Comm. Cod. civ.*, art. 116, § 312; Buniva, *Dir. delle persone*, I, p. 227; De-Filippis, *Corso di dir. civ.*, IX, 133.

(2) V. la 1ª ediz. di questo *Corso*, t. 3, n. 6, pag. 21-33.

ciati in principio del num. 177, cioè i diritti dei genitori verso i figli, i diritti dei figli verso i genitori, i rapporti reciproci tra i figli e gli altri parenti legittimi dei genitori.

Ai diritti *dei genitori verso i figli* essendo applicabile la distinzione stessa che vale pei rapporti reciproci tra coniugi, la distinzione cioè dei casi in cui da parte di amendue o di un solo di essi siasi verificata la buona fede nel contrarre il matrimonio; il principio generale dominante in questo argomento — che ai genitori appartengano, *sulle persone e sui beni* dei figli che abbiano avuto dal loro matrimonio putativo, quei diritti stessi che per legge derivano dalla paternità e dalla maternità legittima — potrà essere invocato da amendue i genitori se ad essi sia stata comune la buona fede, od altrimenti da quello solo che possa in proprio favore allegarla.

Così la patria podestà, per tutti i suoi attributi ordinari, sia quanto alle persone, sia quanto ai beni dei figli (articoli 220 e seguenti, cod. civile), spetterà ad amendue i genitori se amendue siano stati in buona fede nel contrarre il matrimonio, salvo che l'esercizio ne apparterrà di preferenza al padre, e solo in caso di premorienza od incapacità od impedimento di lui, alla madre (detto articolo 220, cod. civ.). Ma se uno solo dei coniugi sia stato in buona fede, egli solo avrà la patria podestà sui figli, con tutti i diritti che ne conseguono, tanto relativi alle persone quanto ai beni, e senza distinguere se sia il padre o la madre.

Così pure il diritto ad ottenere gli alimenti dai figli in caso di bisogno (articolo 139, codice civile), spetterà a quello dei genitori di cui siasi verificata la buona fede, e ad amendue solo quando essa sia stata comune sì all'uno che all'altro; salvo che anche il genitore di mala fede, potrà, esercitando il diritto che apparterrebbe al genitore semplicemente *naturale*, domandare gli alimenti al figlio nei casi contemplati dall'articolo 187, codice civile (1).

---

(1) Cf. sopra, n. 172, p. 735.

Parimenti i diritti di successione, nei casi in cui la legge li attribuisce ai genitori nella eredità dei figli (articoli 738, 740, 807, codice civile), sarebbero esercibili dal padre e dalla madre in parti eguali, o dall'uno o dall'altra di loro soltanto, secondo che da parte di amendue o di un solo fossevi stata buona fede nel contrarre il matrimonio (1).

Nè questa massima può essere accusata di contraddizione a quella che sopra fu dimostrata, parlando dei rapporti tra i coniugi; dei quali abbiam visto che l'uno non potrebbe avere il diritto di succedere per legge all'altro, quando la morte di quest'ultimo fosse avvenuta *dopo la dichiarazione giudiziale della nullità del matrimonio* (2). L'una e l'altra di queste massime, sebbene in apparenza pugnanti fra loro, sono perfettamente d'accordo nel principio fondamentale che *il matrimonio putativo conserva tutti gli effetti civili che sotto il suo carattere apparente aveva prodotti prima dell'annullazione, e li conserva perpetuamente, per tutte le conseguenze giuridiche che anche in futuro possano derivarne; ma non può produrre effetti nuovi, i quali solamente dopo la dichiarazione giudiziale di nullità prendano carattere di diritti acquisiti* (3).

Infatti i diritti di successione a profitto del coniuge superstite costituiscono un effetto diretto ed immediato del matrimonio stesso; e per essere successibile a tenore degli articoli 753 al 757, 812 all'814, bisogna essere *coniuge superstite*, avere cioè la qualità legittima di coniuge d'una persona al momento in cui si apre la successione di lei. Ora questa condizione non può più verificarsi, se il matrimonio è stato precedentemente annullato. Esso, ap-

(1) Quando però tra i due genitori fosse superstite solo quello che fu di mala fede nel contrarre il matrimonio, egli, in concorso di altri parenti, potrebbe invocare sulla eredità del figlio, in qualità di genitore *naturale*, i diritti stabiliti negli art. 750 e 751, cod. civ.; poichè la qualità di genitore naturale resta, in conseguenza del matrimonio annullato, se anche non putativo. — V. sopra, l. c.

(2) V. sopra, n. 176bis, p. 764-767.

(3) V. sopra, n. 175, p. 756-757.

punto perchè non esiste più *per l'avvenire* agli occhi della legge, non è neppure omai suscettibile di produrre quell'effetto nuovo, diretto ed immediato, che consisterebbe nel diritto successorio; diritto che non potrebb'essere acquisito fuorchè al momento in cui si apre la successione, quando il matrimonio non è più e si considera come se fosse sciolto.

Ben diversamente, il diritto di successione attribuito dalla legge ai genitori nell'eredità dei figli, non costituisce un effetto diretto ed immediato del matrimonio tra i genitori stessi, ma un effetto dei rapporti giuridici nascenti dalla figliazione legittima o riputata come tale. E poichè questi rapporti derivati dal *matrimonio putativo*, che è considerato in ciò come se fosse perfettamente valido, sono conservati per sempre, anche dopo pronunciata l'annullazione del matrimonio stesso, essi devono produrre anche ulteriormente tutte le loro *conseguenze giuridiche;* fra le quali appunto quelle dei diritti successorii dipendenti dalla qualità rispettiva di genitori e figli legittimi o considerati come tali.

2) I diritti *dei figli verso i genitori*, nel caso di figliazione procedente da matrimonio putativo, sono perfettamente uguali a quelli che si avrebbero nel caso di piena validità del matrimonio; senza che, come abbiam visto (1), vi sia luogo a distinguere se la buona fede sia stata da parte di amendue i genitori o di un solo; senza che sia tolta nè menomata l'esistenza e la esercibilità di questi diritti a fronte del genitore di mala fede.

Così se anche sia stato in mala fede il padre, i figli ne porteranno il cognome. Verso amendue i genitori, non ostante che uno di essi sia stato in mala fede nel contrarre il matrimonio, avranno il diritto al mantenimento, all'educazione, all'istruzione, nelle proporzioni determinate dall'art. 138, codice civile. Verso amendue parimente

(1) V. sopra, n. 177, p. 772-773.

avranno i diritti di successione e di legittima nei casi e nelle proporzioni stabilite dalla legge (articoli 736, 737, 805, 806, codice civile) e il diritto d'intentare l'azione in riduzione dalle disposizioni testamentarie o delle donazioni fatte dai loro genitori, le quali eccedessero la porzione *disponibile* (articoli 821 e seguenti, 1091 e seguenti del codice civile).

Al diritto di successibilità dei figli verso il genitore che fu in mala fede nel contrarre il matrimonio, non può fare ostacolo la circostanza che al genitore predetto non è attribuito, come abbiam visto, il diritto di successione verso i figli; quantunque ciò costituisca una eccezione, la quale del resto è perfettamente giustificata dalle considerazioni esposte in principio di questo numero, contro il concetto comune della *reciprocità* nei diritti successorii.

3) Finalmente i rapporti reciproci di diritti e di obbligazioni *tra i figli* nati da matrimonio putativo, e *le famiglie* legittime dei loro genitori, sono pure assolutamente indipendenti dall'essere stata comune ad amendue i genitori medesimi, o propria di un solo di essi, la buona fede nel contrarre il matrimonio; e sussistono sempre ugualmente verso i parenti del genitore di mala fede, come verso quelli del genitore di buona fede (1).

Così, anche gli ascendenti od i fratelli e sorelle da parte del coniuge di mala fede, potrebbero avere verso il figlio nato dal matrimonio putativo il diritto o l'obbligazione degli alimenti nei casi contemplati dalla legge (articoli 138, 139, 141, codice civile).

Così pure i diritti di successione legittima potrebbero essere invocati dai figli nati da un matrimonio putativo nelle eredità che si aprissero dei parenti del coniuge di mala fede, e reciprocamente da questi parenti nelle eredità dei detti figli, secondo le regole stabilite dalla legge per la successione dei parenti legittimi (articoli 736 e seguenti, codice

(1) V. sopra, loc. cit.

civile). — Quanto ai diritti dei parenti verso i figli nati dal matrimonio putativo, non può certamente fare difficoltà la circostanza che l'articolo 116 parli soltanto degli effetti del matrimonio, riguardo ai coniugi e riguardo ai figli. Vi è necessariamente un nesso inseparabile, nei rapporti dei figli coi parenti, fra i diritti competenti a quelli verso questi, ed a questi verso quelli; e il concetto logico che si racchiude nell'art. 116 è di equiparare pel passato il matrimonio putativo ad un matrimonio valido, ciò che spiega la reciprocità dei diritti tra i figli ed i parenti (1).

180. *c*) I coniugi od i figli, investiti dalla legge dei diritti che costituiscono gli effetti civili del matrimonio putativo, considerato quanto al passato come se fosse valido, possono naturalmente far valere questi loro diritti anche *contro terze persone* (2).

Da ciò deriva che quegli stessi principii e distinzioni che determinano l'attribuzione degli effetti civili del matrimonio valido al matrimonio putativo, in pro dei coniugi o dei figli, siano applicabili eziandio ai rapporti dei figli verso terze persone; ma non altre distinzioni siano ammissibili. Così, poichè i figli nati da un matrimonio putativo hanno quegli stessi diritti che loro apparterrebbero se il matrimonio fosse stato valido, senza distinguere se la buona fede, che rendeva putativo il matrimonio, siasi verificata da parte di un solo o di amendue i coniugi, i figli predetti potranno parimente sì nell'un caso che nell'altro far valere contro qualunque terza persona la qualità loro

---

(1) V. Laurent, II, 508.

(2) È incomprensibile per noi come il Ricci (*Dir. civ.*, 2ª ediz., I, 205, e IV, 313, p. 551) abbia potuto affermare, sia pure per incidenza, che gli effetti del matrimonio putativo si spiegano soltanto nei rapporti tra i coniugi ed i figli, e *non possono estendersi a riguardo dei terzi*. Questo preteso principio non è che la negazione gratuita di quello ammesso unanimemente in dottrina e giurisprudenza. Esso è inoltre troppo apertamente contrario alla necessità logica delle cose, perchè sia necessario di prendere a combatterlo.

di figli legittimi, e tutti i diritti civili che ne conseguono. È perciò, ad esempio, che, come abbiam visto nel numero precedente, i figli nati da matrimonio putativo potrebbero, anche nell'eredità di quello dei loro genitori che avesse contratto il matrimonio in mala fede, domandare contro i terzi beneficati dal genitore medesimo la riduzione delle disposizioni testamentarie o delle donazioni che eccedessero la porzione disponibile.

Ma poichè invece, tra i coniugi, quello solo che abbia contratto il matrimonio in buona fede è dalla legge investito dei diritti che costituiscono per lui gli effetti civili del matrimonio putativo, così da lui solo potranno essere esercitati contro terze persone quei diritti, i quali all'opposto sono dalla legge negati al coniuge di mala fede.

Così, per esempio, la donna che ha contratto in buona fede un matrimonio che è stato poi annullato, godrà certamente dell'ipoteca legale sui beni del marito per sicurezza della dote e dei lucri dotali (art. 1969, n. 4, codice civile), e potrà esercitare i diritti di quell'ipoteca contro i terzi, detentori degl'immobili ipotecati e creditori del marito; ma altrettanto non potrebbe essere concesso a colei che avesse contratto il matrimonio *in mala fede* (1).

---

(1) A quanto ci consta, solo il Borsari (*Comm. Cod. civ.*, art. 116, § 314) sostiene che per effetto del matrimonio putativo, la moglie, quantunque di mala fede, conserva l'ipoteca legale. Tacciando di leggerezza la contraria e comune opinione, egli osserva che l'ipoteca stessa non è che la garanzia della restituzione alla quale il marito è obbligato; e come l'obbligo di restituire la dote rimane, indipendentemente dalla buona o mala fede della moglie, così deve restare, a suo avviso, anche il diritto ed il vincolo ipotecario che assicura la dote. — In verità, si può ritorcere contro l'acuto scrittore l'addebito che egli rivolge all'opinione generale. La sua tesi è basata sul falso supposto che il credito per la restituzione della dote e la garanzia ipotecaria che lo assiste formino un tutto inseparabile. Quello invece può esistere anche senza di questo. L'obbligo di restituire la dote ha sua causa non sulla validità del matrimonio, ma sul fatto stesso del versamento di essa; tanto che il credito e debito della restituzione starebbe anche nel caso che, pagata la dote, il matrimonio *non venisse nemmeno celebrato*. All'opposto l'ipoteca legale della moglie costituisce una garanzia ed un favore che la legge conferisce al matrimonio, che viene attribuito alla moglie, nella qualità di moglie. E come quindi resterebbe

Parimente la donna maritata in buona fede potrà opporre ai terzi, coi quali avesse contrattato durante l'esistenza del matrimonio putativo, la nullità dei contratti per mancanza di autorizzazione maritale (articoli 134, 137, codice civile); ma non potrebbe opporre tale nullità se fosse stata in mala fede nel contrarre il matrimonio nullo.

Il marito potrebbe, a termini del detto art. 137, codice civile, agire egli pure in nullità dei contratti od atti fatti senza autorizzazione sua dalla moglie, durante l'esistenza del matrimonio putativo, purchè *la buona fede fosse da parte di amendue i coniugi;* poichè allora sì per l'uno che per l'altro sarebbersi verificati completamente gli effetti civili del matrimonio putativo, non altrimenti che se fosse stato valido. Quando la buona fède fosse stata da parte della donna soltanto, è troppo chiaro che unicamente a lei spetterebbe l'azione di nullità; non potendo certamente l'altro coniuge di mala fede prevalersi nell'esercizio di quella azione, secondo l'articolo 137, codice civile, della qualità legale di marito; essendo questo appunto uno degli effetti civili del matrimonio che per la mala fede di lui gli sono negati. Quando poi fosse stata in mala fede la moglie, neppure il marito, quantunque di buona fede, potrebbe far valere l'azione di nullità; poichè a quest'azione mancherebbe ogni fondamento. Infatti la nullità degli atti compiuti dalla donna maritata senza la necessaria aurorizzazione del marito, è introdotta dalla legge *per l'interesse principale e*

---

bensì il credito della restituzione, ma sprovvisto della garanzia ipotecaria, qualora la progettata celebrazione del matrimonio non avesse più avuto luogo. lo stesso deve avvenire quando il matrimonio venga annullato; poichè la dichiarazione di nullità lo fa riguardare legalmente come non avvenuto, salvochè, per la benigna eccezione di cui all'art. 116, cioè per la buona fede dell'uno o dell'altro coniuge, esso possa conservare *per quel coniuge che fu in buona fede* gli effetti civili che avrebbe prodotti. Se poi si ricordi che le cause di *prelazione* tra creditori sono di stretta interpretazione (art. 1949), e che ciò vale tanto più per le cause di prelazione *ex-lege*, non potremo che riconfermarci di più nella soluzione indicata.

diretto della donna stessa. Ciò è tanto vero che da lei la azione di nullità passa ai suoi eredi, mentre non è trasmessibile agli eredi del marito (detto articolo 137, codice civile). L'*esercizio dell'azione di nullità* è concesso anche al *marito personalmente*, per più opportuna tutela degl'interessi anche della moglie stessa e della famiglia, per rispetto all'autorità maritale, e principalmente per dare una sanzione efficace alla legge che subordina certi atti della donna all'autorizzazione del marito. Ma quando, per la nullità del matrimonio e per la mala fede in cui lo ha contratto la donna, non può reputarsi concessa a lei la annullabilità de' suoi atti, sotto pretesto che manchi la autorizzazione di colui al quale si era unita con un vincolo che sapeva non poter essere di matrimonio valido, non è ammissibile che spetti al marito l'esercibilità di un'azione che manca completamente per la persona stessa alla quale principalmente e direttamente dovrebbe appartenere. — Così avevamo già detto nella prima edizione di questo trattato. Senonchè il *Pacifici-Mazzoni*, persistendo nella sua opinione contraria, obbietta essere inesatto che l'autorizzazione maritale sia stabilita nell'interesse diretto e principale della moglie, mentre la sua incapacità non ha causa in lei stessa, ma nello stesso stato di famiglia; e se dunque l'interesse che serve di base all'azione di nullità è l'interesse della famiglia, si deve concluderne che la azione stessa compete al marito *jure proprio*, e può quindi esercitarsi da lui, anche quando non sia esercibile dalla moglie (1). A noi sembra che, pure essendo esatta la premessa di questa argomentazione (come del resto neppure noi avevamo inteso disconoscere), sia però erronea la conseguenza che se ne vuol trarre nella questione attuale; la quale verte non già (come sembra credere il *Pacifici*) sull'*esercizio* di un'azione di nullità, ma sull'*esistenza* medesima di una *causa di nullità* nei contratti con-

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Istit.* (2ª ediz.), II, 190, p. 226.

chiusi da una donna. Ora, appunto perchè la donna maritata è pienamente capace, e la sua incapacità proviene soltanto *dalla qualità di moglie*, bisogna convenire, ci sembra, che tale qualità viene necessariamente a sparire, quando il matrimonio sia dichiarato nullo, e non possa nemmeno essere salvato *rispetto a lei*, stante la sua malafede nel contraerlo. Sia pure che riguardo al marito, e per la buona fede di lui, quel matrimonio conservi gli effetti civili. Ma nel caso di matrimonio, putativo per buona fede di uno solo dei coniugi si ha, come fu avvertito, la situazione singolare di un matrimonio claudicante (1). Ora, nel caso attuale, trattasi di giudicare la validità o nullità di un contratto fatto da una donna; ed è quindi alla posizione di lei che devesi aver riguardo. Se rispetto alla donna il matrimonio non può avere effetti giuridici, è forza concluderne che *manca la causa* stessa della nullità di quel contratto; tanto più che anche questa specie d'incapacità è di stretta interpretazione (articoli 1105-1106, codice civile).

180 *bis*. Le donazioni che terze persone avessero fatte *agli sposi o ad uno di essi, in contemplazione del matrimonio*, sarebbero senza effetto per l'annullazione del matrimonio medesimo, non ostante che esso fosse stato contratto in buona fede da uno degli sposi od anche da amendue; e intorno a ciò basterà qui riferirci alle cose già dette superiormente (2).

In questo argomento delle donazioni, e per ciò che riguarda gli effetti del matrimonio putativo in ordine ai terzi, può però presentarsi una questione importante, e gravemente controversa.

La sopravvenienza di figli nati da un matrimonio putativo può rendere rivocabili, a termini dell'art. 1083, codice

---

(1) V. sopra, n. 176ter, p. 769.
(2) V. sopra, n. 176, p. 758.

civile, le donazioni fatte in favore di terze persone da uno dei coniugi prima che contraesse quel matrimonio e quando non aveva figli? — Una questione simile sollevatasi nella interpretazione dell'articolo 960 del codice Francese — corrispondente al 1083 del codice nostro, — avea divise le opinioni dei commentatori. Tutti eran d'accordo nello ammettere che quando il donante avesse contratto il matrimonio in buona fede, fosse poi questa comune o no anche all'altro sposo, avesse luogo la rivocazione, siccome uno di quegli effetti civili che la legge attribuisce al matrimonio, e che non ostante l'annullazione di esso sono conservati a profitto del coniuge di buona fede. Ma pel caso contrario, di *mala fede del coniuge che aveva fatta la donazione*, si proponevano diversi sistemi.

Opinavano alcuni che la rivocazione dovesse anche allora effettuarsi; ma non già a vantaggio del coniuge di mala fede, non godendo egli degli effetti civili del matrimonio, bensì a vantaggio dei figli nati dal matrimonio putativo per la supposta buona fede dell'altro coniuge (1). Altri, accogliendo in massima la stessa idea, volevano però che la rivocazione non si effettuasse durante la vita del donante, ma che solo alla morte di lui potessero i figli rivendicare i beni donati, accettando l'eredità del loro genitore (2). Ma queste due opinioni non ebbero seguaci; perchè la rivocazione, della donazione, quantunque ammessa dalla legge *in contemplazione dei figli*, sopravvenuti al donante, è però sempre un diritto attribuito unicamente al donante stesso che potrebbe, dopo la rivocazione, donar di nuovo gli stessi beni alla medesima persona o ad altra, o disporne come che fosse; epperò, se la rivocazione non può avere effetto in pro del donante, sarebbe arbitrario e vano l'immaginare che potessero approfittarne i figli, o vivente il padre i cui beni non possono

(1) V. Delvincourt, t. II, p. 77, nª 4.
(2) V. Duranton, t. VIII, n. 586.

pervenir loro se non dalla eredità di lui, o dopo morto il padre mentre quei beni non possono trovarsi nell'eredità di lui. — D'altronde, in un modo e nell'altro i figli nati da un matrimonio putativo sarebbero meglio trattati che quelli veramente legittimi, i quali non potrebbero aver mai i beni donati dal padre ad altri, se non quando egli avesse approfittato della rivocazione, ed avesse conservati i beni rivendicati, lasciandoli nella propria eredità.

Una terza opinione considerava che ciò che fa luogo alla rivocazione della donazione, non è la *legittimità del matrimonio* contratto dal donante, ma solamente la *sopravvenienza di figli legittimi di lui;* che la rivocazione è accordata al donante, più che per questa sua qualità, per quella di padre, per cagione delle affezioni che ispira e degli obblighi che impone la paternità, sicchè non è ai meriti del donante stesso, ma ai suoi doveri verso i figli che devesi avere riguardo nell'ammettere la rivocazione delle donazioni fatte, affinchè i beni rivendicati gli servano appunto a compiere que' doveri; che se il matrimonio putativo non produce gli effetti civili rispetto a quello de' coniugi che fu in mala fede, produce però in ogni caso *la legittimità dei figli* nati da quel matrimonio, putativo per la buona fede dell' altro coniuge. Ne deducevano che si verificasse la *condizione risolutiva* contemplata dalla legge, e quindi la *rivocazione della donazione* (1). — Questa dottrina è stata adottata anche da alcuni scrittori nostri (2). — Ma per quanto seducente sia l'apparenza della riferita argomentazione, sembra che essa pecchi in un punto essenziale. È ben vero che la *condizione risolutiva* della rivocazione consiste propriamente nella *sopravvenienza di un figlio legittimo del donante.* Ma perchè il donante approfitti della rivocazione, bisogna che egli stesso possa invocare a

---

(1) V. Vazeille, n. 9; Aubry et Rau, § 709, 4°, nª 25.
(2) V. Buniva, *Dir. delle persone,* t. 1, pag. 229; Pacifici-Mazzoni, *Istit.* (3ª ediz.), t. IV, n. 169.

proprio benefizio la legittimità del figlio la cui sopravvenienza rende rivocabile la donazione. Ciò è necessario, perchè la rivocazione, quantunque accordata dalla legge in *contemplazione della sopravvenienza d'un figlio*, quantunque possa avere per fine remoto anche il vantaggio di questi, è però sempre concessa *a benefizio del genitore*, costituisce un diritto spettante unicamente a lui, che può non approfittarne, ed anche avendolo esercitato può poscia disporre come vuole dei beni rivendicati, senza che il figlio per la cui sopravvenienza quei beni sono rientrati nel patrimonio paterno, ne approfitti punto. — Ora il coniuge che in mala fede contrasse un matrimonio nullo, ma putativo per la buona fede dell'altro coniuge, non può invocare nessuno degli effetti civili di quel matrimonio, e nemmeno la legittimità dei figli che ne siano nati. Quei figli sono legittimi, pei loro diritti verso il genitore di mala fede, pei loro diritti ed obbligazioni verso il genitore di buona fede, pei loro rapporti reciproci coi parenti legittimi dei genitori e coi terzi; ma, quella loro legittimità non può giovare in nessun modo al genitore di mala fede. Come dunque potrebbe questi essere ammesso ad invocare la legittimità dei figli e farne fondamento all'azione che a lui solo spetta per la rivocazione delle donazioni da lui fatte a beneficio di certe persone?

Oltre a ciò non bisogna dimenticare che la rivocabilità delle donazioni costituisce una *eccezione* ai principii generali e rigorosi di diritto; che dunque la interpretazione delle disposizioni di legge che la concedono non può essere nel senso di estenderne, ma piuttosto di limitarne l'applicabilità, per quanto i termini di quelle disposizioni eccezionali lo permettano.

Sembra pertanto doversi seguire il sistema, appoggiato d'altronde all'autorità del maggior numero degli scrittori francesi, secondo cui, in riguardo alla rivocabilità delle donazioni per sopravvenienza di figli in un matrimonio putativo, bisogna distinguere se di amendue i coniugi o di

uno solo di essi siasi verificata la buona fede, e nel secondo caso suddistinguere se sia stato in buona o mala fede il donante. Quando la buona fede siasi verificata in amendue i coniugi, od almeno in quello di essi che avea fatta la donazione, questa sarà rivocabile; all'opposto non lo sarebbe quando il donante avesse contratto il matrimonio in mala fede (1).

Sezione III.

Disposizioni penali.

Sommario. — 181. Ragione di esse e del loro collocamento nel codice civile. — 182. Richiamo delle condizioni e degli impedimenti al matrimonio che sono accompagnati da una sanzione penale soltanto. — 183. Duplice categoria di penalità: per l'ufficiale dello stato civile e per gli sposi. — 184. Criterii seguìti dal codice nella misura delle rispettive penalità. — 185. Esercizio dell'azione ad esse corrispondente.

181. Raggruppando in un capitolo unico i due argomenti delle *opposizioni* al matrimonio e delle *nullità* di esso, abbiamo fin qui presentata al lettore, nel suo concatenamento logico, la materia delle sanzioni con cui la legge assicura l'osservanza dei requisiti e delle condizioni prescritte per la conclusione del matrimonio (2). Ad esaurire completamente questo soggetto, resta ora di dar cenno delle disposizioni di carattere *penale*, le quali formano il complemento necessario delle sanzioni medesime. Diciamo complemento necessario; poichè siccome non per tutte le condizioni o formalità richieste dalla legge poteva essere rimedio adeguato quello più grave della nullità del matrimonio, siccome invece per talune di queste prescrizioni — che pure era prudenza di stabilire — il danno dell'annullamento del matrimonio sarebbe peggiore di

---

(1) V. Grenier, *Donations*, t. I, n. 191; Toullier, t. V, n. 302; Coin-Delisle, art. 960, n. 33; Troplong, *Donat. et testam.*, t. I (ed. Brux.), n. 1382; Marcadé, art. 960, § V, t. 3, n. 731; Demolombe, t. III, n. 382; Borsari, *Comm. Cod. civ.*, art. 116, § 314, *d*.

(2) Cf. sopra, n. 36, pag. 124.

quello della trasgressione avvenuta, così rispetto a queste non restava altro mezzo, per non lasciare sprovveduto di sanzione il precetto della legge, che quello di una penalità irrogata alle parti o all'ufficiale dello stato civile pel caso che addivengano ad una irregolare celebrazione di matrimonio.

Senonchè, mentre nessun dubbio può sollevarsi in merito alla convenienza e ragionevolezza delle sanzioni penali in discorso, dubbi e critiche furono mossi, con una certa apparenza di fondamento, riguardo alla sede in cui più opportunamente tali sanzioni dovessero essere collocate. Parve ad alcuni che non nel codice civile, ma nel codice penale esse dovessero trovar posto; credendosi poco conforme ai criteri di un buon metodo legislativo l'intercalare in un codice di diritto privato norme di legge che si attengono piuttosto al diritto pubblico. Fu perciò che in seno alla Commissione di coordinamento pel codice civile, uno dei membri (Bartalini) non esitò a proporre la soppressione di tutto il capo VIII di questo titolo, adducendo la inopportunità di uscire dal diritto penale comune, per la proclamazione delle penalità che colpiscono le infrazioni alla legge in tema di matrimonio. Quella proposta fu tuttavia respinta dalla Commissione a voti unanimi — " perchè " è opportuno che l'uffiziale dello stato civile abbia sempre " presenti quelle sanzioni, nello stesso codice, onde si uni- " formi più esattamente alle varie prescrizioni che gli sono " fatte, e che interessa all'ordine sociale che non vengano " trasandate „ — e perchè " non è questo il solo caso in " cui si si stabiliscono disposizioni penali fuori del codice " penale, citando ad esempio le leggi sul notariato, le leggi " forestali ed altre „ (1).

Alle quali considerazioni possiamo aggiungerne un'altra,

(1) V. Proc. verb., n. 9, § 5. Altri esempi consimili si hanno nelle leggi sulla stampa, sui brevetti d'invenzione, sulle elezioni; e infine (cosa anche più notevole) nel nuovo Codice di commercio, in tema di società e di fallimento.

ciòè che le dette sanzioni penali sono rivolte non solo all'ufficiale celebrante, ma eziandio alle parti contraenti; e per queste la presenza di tali sanzioni nel codice civile farà sì che esse raggiungano meglio il loro scopo, richiamandole più facilmente all'attenzione degli sposi nel tempo stesso in cui si accingono ad unirsi in matrimonio. — Così sembra giustificato abbastanza che all'utilità pratica dei risultati si posponga anche questa volta quella che suol dirsi euritmia legale.

Accolto poi questo concetto, non può certamente che darsi lode al legislatore italiano di aver raccolto *in un solo capo* le singole disposizioni di carattere penale che in altre legislazioni si trovano sparse e proclamate di volta in volta per i varî impedimenti (cf. cod. civ. Francese, art. 68, 156, 192, 193, 228, e cod. pen., art. 194).

182. Entrando brevemente in materia, la prima osservazione da fare è questa, che le penalità qui sanzionate dalla legge talvolta vanno accompagnate coll'altra sanzione più grave della nullità del matrimonio, e vengono allora quasi in rinforzo di essa, o costituiscono una punizione inflitta pel fatto colpevole di aver dato causa ad un matrimonio nullo: talvolta invece si trovano apposte precisamente per quelle prescrizioni il cui inadempimento non produce nullità del matrimonio, e rappresentano quindi l'unica sanzione con cui le prescrizioni medesime si trovano guarentite. Di questo doppio ufficio della penalità di cui trattasi basta a dar prova la semplice lettura degli articoli 123, 128.

Riserbandosi di verificare, nel numero seguente, in quale misura le dette penalità possono rivolgersi all'ufficiale dello stato civile o agli sposi, e guardando prima non alle diverse persone che possono andarvi soggette, ma soltanto alle *cause* delle penalità stesse (in quanto costituiscono una sanzione speciale, disgiunta da quella della nullità) basterà avvertire che rientrano in esse cause:

1° Tutte le circostanze o condizioni personali, preesistenti alla celebrazione del matrimonio, le quali costituiscono impedimenti soltanto proibitivi od impedienti (articolo 124, § 1) (1):

2° La inosservanza delle norme riguardanti le formalità preliminari del matrimonio, cioè le pubblicazioni e la produzione dei documenti necessari (articoli 123, 124 in f. 126 (2);

3° La trasgressione del disposto dell'articolo 90, cioè l'aver celebrato il matrimonio dopo che sia stata fatta legalmente opposizione, e prima che questa sia stata rimossa con sentenza passata in giudicato (art. 124, § 1) (3);

4° L'essersi proceduto alla celebrazione di un matrimonio a cui gli sposi avessero voluto aggiungere un termine od una condizione (art. 95, 124, § 2) (4);

5° La inosservanza delle forme regolamentari prescritte per la celebrazione del matrimonio (art. 126) (5);

6° L'essersi proceduto alle pubblicazioni di matrimonio, senza la richiesta o il consenso delle parti che dovevano prestarlo (art. 125, 126) (6);

7° Il rifiuto ingiusto, cioè non fondato su causa legale, opposto dall'ufficiale di stato civile alla celebrazione di un matrimonio (art. 98 e 126) (7).

183. Guardando ora alle *persone*, alle quali può risalire la imputabilità delle indicate trasgressioni, e alle quali sono quindi applicabili le sanzioni penali corrispondenti, è visibile come negli articoli 123, 128 queste sanzioni siano irrogate talvolta *all'ufficiale di stato civile* soltanto, talvolta anche *agli sposi*.

---

(1) V. sopra, n. 92, p. 349.
(2) V. sopra, n. 107, p. 396.
(3) V. sopra, n. 136, p. 527, e n. 139, p. 547.
(4) V. sopra, n. 118, p. 425-426.
(5) V. sopra, n. 109, p. 402.
(6) V. sopra, n. 103, p. 383-384.
(7) V. sopra, n. 121, p. 432-433.

Rispetto all'ufficiale di stato civile può dirsi che per *tutti* gli impedimenti e le prescrizioni relative al matrimonio, la violazione di essi lo rende passibile di una penalità. Basterebbe a dimostrarlo l'articolo 124, che in termini generali sottopone ad una multa da L. 500 a L. 2000 " l'uffiziale " dello stato civile che ammette a celebrare il matrimonio " persone alle quali osti *qualche impedimento o divieto* di " cui abbia notizia „ (1) — e l'art. 126 in fine, a termini del quale incorre nella nullità da L. 100 a 500 " l'uffiziale " dello stato civile che... commetta *qualsiasi altra contrav-" venzione* per cui non sia stabilita una pena speciale in " questo capo „. — Così per l'ufficiale dello stato civile, non vi è nessuno dei precetti di legge in tema di matrimonio (sia riguardanti le condizioni intrinseche di esso, sia riguardanti le diverse formalità per esso stabilite) che non si trovi posto sotto l'egida di una comminatoria penale diretta contro di lui. E ciò, rispetto all'applicazione di una pena in genere, apparisce ben giusto, ove si rifletta che se la trasgressione di uno di tali precetti produca la nullità del matrimonio, incombe anche all'ufficiale medesimo la responsabilità di aver dato causa ad un fatto che turba profondamente l'ordine delle famiglie e della società: se poi si tratti di una prescrizione che non sia accompagnata dalla sanzione della nullità, la sanzione penale rimaneva la sola possibile ed efficace per assicurare la osservanza della legge.

Rispetto invece agli sposi, l'applicazione delle penalità in discorso procede con criteri più limitati, per quanto concerne le cause da cui tale applicazione dipende. Degli sposi a questo riguardo vediamo tenersi parola soltanto negli art. 123, 127, 128. A norma di questi, gli sposi sono passibili di multa:

1° Quando abbiano celebrato il matrimonio, senza che

---

(1) Senza che si possa qui distinguere fra impedimenti *dirimenti* e impedimenti *proibitivi*. — V. sopra, n. 91, p. 348, e n. 139, p. 547.

sia stato preceduto dalle necessarie pubblicazioni (art. 123): sicchè è solo per il fatto di avere *omesso* le pubblicazioni volute dalla legge che essi incorrono in multa, mentre per tutto quanto riguarda i *modi e i termini* delle pubblicazioni stesse, la responsabilità penale colpisce esclusivamente l'uffiziale dello stato civile (1);

2° Quando un matrimonio sia stato annullato con sentenza passata in giudicato, per causa di un impedimento conosciuto da uno dei coniugi e lasciato ignorare all'altro (art. 127); nel qual caso — a parte la penalità che concorrentemente colpisce l'ufficiale dello stato civile (art. 124) — trattasi pel coniuge colpevole di una responsabilità che ha per base *il dolo* di lui;

3° Quando infine sia stato trasgredito il precetto dell'art. 57, relativo al termine di vedovanza per la donna che passa a seconde nozze (art. 128).

184. Chiarito questo primo aspetto della materia di cui trattasi, rimane un'altra osservazione, per quanto concerne la misura delle indicate comminatorie, ossia la *quantità* della pena.

È notevole infatti come anche la legge nostra abbia creduto conveniente in questo tema di fissare non una penalità unica e costante, ma una serie di penalità variabili di grado secondo i diversi casi. Così negli art. 125 e 126 troviamo una multa che ci rappresenta il minimo, da L. 100 a 500; la multa apparisce raddoppiata in amendue i suoi termini nell'art. 123; raddoppiata una seconda volta, ed anche più, negli art. 124 e 127. Vi è o meno una ragione sufficiente di tali oscillazioni?

Per quanto siamo alieni dalla corrività nella così detta critica legislativa, ci sembra che non manchino di qualche fondamento i dubbi sollevati in proposito da uno scrittore nostro (2). Certamente si può approvare, come concetto di

(1) Cf. sopra, n. 107, p. 396-397.
(2) V. Borsari, *Comm.*, art. 123-128, § 328-329.

massima, quello del codice nostro, di sancire penalità diverse nella misura, secondo la diversa gravità dei casi. Ma per l'attuazione concreta del concetto medesimo, per adeguare la entità della pena alla entità della trasgressione, non si poteva procedere che coll'uno o coll'altro di questi criteri: o considerare come meritevoli di più forte repressione quelle violazioni di legge che importano la nullità del matrimonio, avendo riguardo al maggior danno che questa produce: o considerare invece come maggiormente punibili quelle trasgressioni che non sono causa di nullità, per la ragione che in tal caso la sanzione penale è l'unica che possa trattenere l'ufficiale celebrante e le parti (quando non basti per essi il sentimento del dovere) nel rispetto alla legge: oppure, prescindendo dalla conseguenza della nullità o non, guarentire con una sanzione penale più forte l'osservanza di quelle prescrizioni che per l'oggetto e lo scopo loro siano da considerarsi di maggiore importanza sociale: o infine colpire più energicamente, sebbene ciò non fosse del tutto conforme ai principii del diritto punitivo, quelle infrazioni che offrono maggior pericolo e maggior facilità di venire incorse. — Ora nel fatto gli articoli 123-128 del nostro codice non sembrano presentare, tra le diverse sanzioni che contengono, una sufficiente coerenza; poichè non solo troviamo colpite con una medesima penalità certe infrazioni che producono, ed altre che non producono la nullità del matrimonio, ma troviamo altresì equiparate fra loro infrazioni aventi una importanza intrinseca assai diversa, come all'opposto troviamo tra alcune altre una disparità di trattamento di cui non è facile rendersi ragione. Così, ad esempio, si comprende che la *omissione* delle pubblicazioni per l'art. 123 sia punita più gravemente che non la semplice *irregolarità* nei modi e termini delle pubblicazioni stesse, secondo gli art. 125 e 126. Si può pure comprendere che con una stessa misura di pena sia colpita, giusta l'art. 124, la celebrazione di un matrimonio a cui ostasse un impedimento, tanto se impedimento

dirimente, quanto se proibitivo soltanto. Ma sembra difficile il giustificare come la penalità minacciata all'ufficiale celebrante, per la trasgressione del termine legale di vedovanza (art. 128) debba ridursi alla metà di quella comminatagli per tutti gli altri impedimenti (art. 124, § 1); come la violazione delle norme sulla competenza dell'ufficiale medesimo lo sottoponga (art. 124, § 2) ad una multa quadrupla di quella che lo colpisce per la inosservanza delle forme costitutive della celebrazione del matrimonio (articolo 126); come infine colla stessa pena più mite si trovino colpite la infrazione delle norme riflettenti i modi e i termini delle pubblicazioni, e quella delle norme riflettenti la conclusione stessa del vincolo coniugale (detto art. 126). — Senza estenderci di più in simili raffronti, par lecito pertanto il dire che se la facoltà lasciata ai magistrati di spaziare tra il minimo e il massimo delle diverse penalità, può dar loro il modo di meglio adeguarle ai diversi casi, sarebbe tuttavia desiderabile o una più armonica distribuzione di esse, nella serie dei loro gradi, o (se questa prefissione di vari gradi si trovasse troppo difficile) la determinazione di un grado unico di penalità, con limiti abbastanza larghi, per adattarsi nel modo più giusto e più equo alle diverse ipotesi.

185. Quanto all'esercizio dell'azione penale, per non entrare di più in un ordine che sta veramente fuori del diritto civile, basterà ricordare che l'azione stessa è affidata naturalmente al pubblico ministero, il quale deve promuoverla davanti il tribunale correzionale (art. 129, cod. civ.). Il funzionario pubblico a ciò delegato è quindi il Procuratore del Re. — E questa attribuzione gli è manifestamente conferita per la stessa sua qualità di rappresentante della legge, investito dell'azione penale, indipendentemente cioè dagli speciali rapporti d'ordine interno o gerarchico in cui gli ufficiali dello stato civile stanno col Procuratore del Re, giusta l'art. 13 del R. decreto 15 novembre 1865 per l'ordinamento dello stato civile, che dice: “ Essi (i detti uffi-

" ciali) sono sotto la immediata e diretta vigilanza dei pro-
" curatori del Re, e debbono conferire coi medesimi per
" tutto ciò che riguarda lo stato civile „.

Tuttavia l'azione penale in discorso, per quanto riflette gli ufficiali di stato civile, è moderata coll'articolo 132 del citato decreto, secondo cui: " I procuratori del Re, prima
" di promuovere l'applicazione di pene pecuniarie contro
" ufficiali dello stato civile, devono informarne il procu-
" ratore generale „.

APPENDICE

Regole particolari relative ai matrimoni nella famiglia reale, dei cittadini all'estero, degli stranieri nel Regno.

186. Le regole fin qui svolte, circa le condizioni necessarie per contrarre matrimonio e la celebrazione di esso, sono generali; e per la loro essenziale attinenza all' ordine pubblico, non possono essere sottoposte a veruna eccezione che non sia espressamente determinata da un testo legislativo. Di tali eccezioni però alcune sono effettivamente stabilite dal codice nostro; e di esse terremo breve discorso in quest'appendice. Gioverà richiamare il principio fondamentale che nessuna disposizione di legge, la quale abbia il

carattere di eccezione, potrebb'essere interpretata in modo estensivo, ma tutte devono ricevere la più stretta applicazione. Di che pertanto deriva che non solo le disposizioni eccezionali, le quali vedremo stabilite dalla legge, non potrebbero applicarsi a materie diverse da quelle in esse contemplate, ma anche nelle materie stesse sarà necessario ricorrere ai principii comuni per tutto ciò che non sia stato espressamente previsto e diversamente regolato con tali disposizioni.

Le eccezioni a cui ora accennammo riguardano i matrimoni del Re e delle persone appartenenti alla famiglia reale, ed i matrimoni dei cittadini in paese estero e degli stranieri nel regno.

Sul primo di questi argomenti il progetto di codice presentato dal Ministero in iniziativa al Senato non conteneva disposizioni speciali. Ne sarebbe seguito doversi applicare i principii comuni. Ma ciò non avrebbe potuto, per molti rispetti, convenire alla speciale condizione del capo supremo dello Stato e delle persone facienti parte della reale famiglia, nè all'interesse stesso della nazione, su cui può pure avere non lieve influenza ciò che riguarda l'esistenza sociale della famiglia regnante, e che si attiene più ancora all'ordine politico che al civile, sicchè le regole comuni del diritto privato devono necessariamente in questo argomento subire l'azione modificatrice della ragione politica.

La Commissione senatoria ripulò pertanto conveniente di apportare in ciò un mutamento al progetto ministeriale, coll'aggiungervi le disposizioni scritte sotto i numeri 78, 101 e 108; le quali divennero poi, senza nessuna modificazione, gli articoli 69, 92 e 99 del codice civile pel regno d'Italia. Non sarà senza opportunità riferire le parole colle quali la sullodata Commissione espresse a questo proposito i proprii concetti.

« Il progetto (così si legge al § 56 della relazione Vigliani) « è silenzioso circa i matrimoni del capo supremo della « nazione e della sua augusta famiglia. Ne parlavano alcuni

" progetti anteriori. Nei paesi liberi nessuno può stare sopra
" o fuori della legge. La bella sentenza scritta nei libri del
" diritto: *Digna vox est maiestate Regnantis legibus alligatum*
" *se Principem profiteri* (L. 4, Cod. *de legib. et constit.*
" *princ.*) è una verità delle monarchie costituzionali. Il
" nostro statuto dispensa in un solo caso il Re dalla legge
" comune, là dove dichiara nell'art. 20 che il Re non è
" tenuto alle regole delle leggi civili che limitano la quan-
" tità disponibile dei suoi beni. Per queste considerazioni
" si sono inserite nel titolo del matrimonio alcune disposi-
" zioni che riguardano i matrimoni del Re e della reale
" famiglia e vi applicano quelle norme che dalla condizione
" del tutto speciale degli alti contraenti, sono richieste „.

Riguardo poi al secondo argomento, non sarebbesi certo potuto vietare che un cittadino, trovandosi in paese estero, vi contraesse matrimonio con altra persona cittadina o con persona straniera, nè che persone straniere potessero nel nostro Stato celebrare matrimonio tra loro o con cittadini italiani. Qualunque proibizione in questo senso (come ve n'era esempio in qualche antica legislazione) sarebbe riuscita ad una violazione manifesta di quella legittima libertà che vuolsi concedere perfetta alle persone finchè coi loro atti non offendano nè i diritti altrui nè l'interesse pubblico dello Stato; ciò che non può verificarsi, in massima, pel solo fatto della celebrazione del matrimonio che si compia in uno Stato al quale gli sposi, o l'uno di essi, non appartengano. D'altra parte il prendere in questo argomento qualche disposizione sfavorevole agli stranieri sarebbe stato in flagrante contraddizione col principio di tanta larghezza adottato dalla nostra legislazione, la quale ha voluto parificare completamente lo straniero al cittadino per quanto riguarda il godimento dei diritti civili (art. 3, cod. civile).

Siccome però non è impossibile che di questa libertà si abusi, determinandosi a celebrare un matrimonio in paese diverso dal proprio per sottrarsi all'applicazione di leggi proibitive, in ciò che specialmente riguarda la capacità

personale a contrarre il matrimonio, così ha saviamente provveduto la nostra legge prendendo le precauzioni necessarie ad evitare tali abusi.

Accennati così brevemente i principali motivi giustificanti la specialità delle disposizioni scritte nel nostro codice relativamente ai matrimoni del Re e delle persone della famiglia reale, ed ai matrimoni che si vogliono contrarre da cittadini in paese estero o da stranieri nel regno, discendiamo ad un rapido esame delle disposizioni medesime; avvertendo com'esse si volgano principalmente a regolare i seguenti oggetti:

1° Le condizioni necessarie per poter contrarre matrimonio;

2° La competenza dell'uffiziale pubblico che debba ricevere l'atto di celebrazione;

3° Le formalità preliminari;

4° Quelle della celebrazione stessa.

187. *A*) I matrimoni del Re e delle persone della famiglia reale sono anzitutto soggetti a norme speciali, diverse dalle comuni, per quanto riguarda le *condizioni* legali necessarie a contrarli. Si accorda per tali matrimoni una maggiore larghezza; non tanto a titolo di privilegio personale, quanto per la considerazione che le convenienze politiche rendono più ristretta la cerchia delle persone colle quali è possibile pei membri della famiglia reale il contrarre matrimonio, e che d'altro lato sono per essi meno a temersi quei pericoli d'ordine morale da cui sono inspirati gli impedimenti comuni al matrimonio.

In primo luogo adunque la condizione dell'età, di 18 anni compiuti per l'uomo, di 15 anni compiuti per la donna, non è richiesta pei matrimoni del Re o dei principi o delle principesse reali (art. 69 comb. coll'art. 55, codice civile). Quella età alla quale, avendosi completo l'uso della ragione, si acquista *capacità naturale* a poter contrarre un matrimonio che abbia *esistenza giuridica*, basta eziandio ad attri-

buire *validità civile* al matrimonio medesimo, quando si tratti del Re o delle persone della famiglia reale.

Un'altra eccezione ancora alle regole ordinarie riguarda all'impedimento nascente da parentela od affinità; impedimento che sussiste pel Re e pei principi o principesse reali, soltanto *in linea retta* (senza distinguere allora il grado, nè se si tratti di parentela o di affinità), e quanto alla *linea collaterale*, tra fratelli e sorelle legittimi o naturali; non tra affini in linea collaterale, nè tra lo zio e la nipote, la zia ed il nipote (art. 69, § 1 comb. cogli art. 58 e 59, codice civile). — Eccezione questa che ha in realtà un valore abbastanza limitato; se si rifletta che gli impedimenti qui esclusi *de jure* sono quelli stessi pei quali è concedibile *la dispensa*, mediante decreto reale, nei matrimoni ordinari (art. 68, cod. civ.).

Da ultimo una terza eccezione, sempre in ordine alle condizioni necessarie per contrarre matrimonio, concerne il consenso altrui che gli sposi debbono riportare in certe circostanze, delle quali a luogo opportuno già ci siamo occupati. Ora in riguardo ai principi ed alle principesse reali è fatta in questo rapporto una duplice eccezione. Da una parte non vale per queste persone il principio comune, che la sola *minorità speciale*, stabilita dalla legge pel matrimonio, assoggetti alla necessità legale di riportare il consenso delle persone, dalla cui autorità si dipenda in questa particolarità, per poterlo contrarre; ma, in qualunque età sieno i principi o le principesse reali, non possono legarsi validamente in matrimonio senza l'assenso del Re (detto art. 69, § 2, cod. civ.). — D'altra parte poi, e per identici motivi, quand'anche siasi in uno dei casi nei quali, per ragione di sua età, il principe o la principessa reale, pel matrimonio che vorrebbe contrarre, dovrebbe ottenere, secondo il diritto comune, l'assenso di persone diverse, sarà pur sempre al Re solo che s'apparterrà di prestarlo, a tenore della speciale disposizione di detto art. 69, § 2, cod. civile. — Infine, contro il rifiuto del Re a prestare il

consenso dalla legge richiesto, non potrebbe mai esservi luogo a ricorrere all'autorità giudiziaria, a tenore della facoltà che la legge ne accorda in generale a coloro che dipendono, quanto al matrimonio che vogliono contrarre, dall'autorità altrui, od a coloro che possono in ciò legittimamente rappresentarli (art. 69, § 1 comb. col 67, cod. civ.). La giustificazione di tutto questo dipende da manifeste ragioni politiche.

Questo assenso del Re, a cui la legge subordina in ogni caso il matrimonio dei principi o delle principesse reali, rende poi ragione dell'essersi potuto in favore di tali persone derogare anche ai principii comuni risguardanti ad alcune fra le altre condizioni ordinariamente richieste per poter contrarre matrimonio; quali sono l'età e l'assenza di certi impedimenti di parentela o di affinità, come poco sopra abbiam visto. Del resto, all'infuori di queste limitazioni espressamente determinate nell'art. 69, tutte le altre regole generali circa le *condizioni necessarie per contrarre matrimonio* sono applicabili ugualmente, e con identici effetti, anche alle persone appartenenti alla famiglia reale. E la mancanza dell'assenso del Re produrrebbe pure gli stessi effetti che comunemente derivano dal mancato consenso delle persone alla cui autorità sia per legge soggetto uno degli sposi, per poter contrarre matrimonio: cioè la *nullità del matrimonio* stesso, che in onta alla proibizione della legge fosse stato contratto (detto art. 69, § 2, cod. civ.), nullità però non assoluta, ma relativa soltanto, e proponibile quindi unicamente dalle persone indicate nell'articolo 108, codice civile.

Le funzioni dell'uffiziale dello stato civile sono esercitate, pei matrimoni del Re e della famiglia reale, dal presidente del Senato del regno (art. 99, § 1, cod. civile).

Nei matrimoni predetti non può esser luogo ad opposizione, nè quindi debbono farsi pubblicazioni (art. 92, codice civile); la qualità e la posizione sociale delle persone rendendo qui completamente inutili quelle cautele che pei ma-

trimoni comuni sono reputate necessarie e si raggiungono colle formalità preliminari e colle opposizioni.

Da ultimo quanto alle forme della celebrazione, la legge deroga pure per questi matrimoni alla regola comune circa il luogo in cui tale celebrazione debba farsi (cf. art. 93, cod. civile); poichè attribuisce al Re di designarlo appositamente per ciascun caso (art. 99, § 2, cod. civ.); e vi deroga eziandio in ciò, che non è necessaria la presenza personale di amendue gli sposi, ma è ammesso celebrarsi il matrimonio anche per procura (art. 99, § 2, cod. civile) (1).

188. *B*) Venendo ora alla seconda delle categorie di eccezioni contro le regole comuni, già sopra indicate (n. 187), ci occuperemo separatamente di ciò che riguarda il matrimonio contratto *da cittadini in paese estero e da stranieri nel regno.*

I quali due argomenti costituiscono veramente in parecchi loro punti, nient'altro che una importante applicazione di quella teoria generale, ardua e quanto mai delicata, che riguarda il diritto internazionale privato. Ma per non lasciare una soverchia lacuna nel presente trattato, omettendo qui ogni spiegazione degli articoli 100-103 del codice, ci proponiamo di svolgere in questa sede quelle norme di diritto risultanti dai predetti articoli, le quali possono essere studiate, senza impegnarsi nelle controversie fondamentali del diritto internazionale privato; e laddove queste si presentino, ci limiteremo a riassumere lo stato delle diverse questioni, indicandone le fonti dottrinali; il che pure potrà essere di qualche utilità pel lettore.

188*bis*. Occupandoci dunque dapprima del matrimonio *di cittadini all'estero*, è da notare innanzi tutto che il testo dell'art. 100, parlando in genere del matrimonio di cittadini *seguìto in paese estero*, diventa così applicabile

---

(1) Cf. sopra, n. 115, p. 420-422.

pel solo fatto che all'estero avvenga la celebrazione del matrimonio, senza esigere cioè che all'estero gli sposi cittadini siano anche *domiciliati* o *residenti;* di che infatti non vi sarebbe alcuna sufficiente ragione (1). Ciò premesso, e considerando prima *le condizioni personali necessarie per contrarre matrimonio*, il codice civile ha espressamente proclamata la necessità che *da parte del cittadino* siano osservate tutte le condizioni richieste dalla legislazione nostra.

L'art. 100 dispone infatti che " il matrimonio seguito " in paese estero tra cittadini, o tra un cittadino ed uno " straniero, *è valido purchè... il cittadino non abbia contrav-* " *venuto alle disposizioni contenute nella sezione seconda del* " *capo I di questo titolo* ".

La qual massima è perfettamente conforme ai principii generali; imperocchè, in quanto le condizioni per contrarre matrimonio riguardino alla *capacità personale delle parti* (com'è per gl'impedimenti dipendenti dall'età, dal vincolo d'un precedente matrimonio, di parentela, di affinità, di adozione, da mancanza di consenso dei genitori o degli ascendenti o del consiglio di famiglia o di tutela, da interdizione giudiziale), devesi applicare il principio enunciato nell'art. 6 delle disposizioni preliminari al codice, che *la capacità delle persone è regolata dalla legge della nazione a cui esse appartengono*, in qualunque luogo esercitino atti dipendenti da tale capacità; in ciò poi che concerna altre cause che a termini delle nostre leggi facciano ostacolo a poter contrarre il matrimonio (come sarebbe per gl'impedimenti nascenti da reato, o dall'essere vedova da tempo minore di dieci mesi la donna) bisognava ad ogni modo precluder la via, come già fu avvertito, a poter eludere la legge, recandosi un cittadino in paese estero per celebrarvi un matrimonio che secondo le proprie leggi non potrebbe contrarre.

Questi motivi, e la stessa espressione testuale dell'articolo

---

(1) V. Demolombe, II, n. 219.

surriferito, dimostrano però chiaramente come all'osservanza delle condizioni prescritte dalle nostre leggi, per contrarre matrimonio, non sia soggetto *lo straniero* che lo contragga in paese estero, sebbene con persona che abbia la cittadinanza italiana.

Ma quale sarà la sanzione di questo articolo 100 del nostro codice? Subordinando esso genericamente la *validità del matrimonio*, contratto da un cittadino in paese estero, all'*osservanza delle disposizioni contenute nella sezione seconda del capo I di questo titolo*, dovremo ritenere che tutte queste condizioni riescano allora *volute a pena di nullità*, sicchè anche gl'impedimenti, i quali pei matrimoni contratti nel regno sono considerati come semplicemente *proibitivi*, divengano invece *dirimenti* per quello che sia celebrato in paese straniero? Per esempio, se una donna cittadina, non essendo ancora decorsi dieci mesi dallo scioglimento od annullamento dell'anteriore suo matrimonio, ne contragga un nuovo in paese straniero, se il minore di 25 anni lo contragga col consenso del padre senz'avere interpellata la madre, quei matrimoni saranno annullabili?

L'art. 170 del codice Francese avea pur fatto luogo ad una questione somigliante; se non che in essa aveasi principalmente in vista il caso di omissione dell'*atto rispettoso* degli sposi maggiorenni verso i loro genitori od ascendenti o di omissione delle pubblicazioni in Francia; chiedendosi se, ciò non ostante, i matrimoni contratti all'estero da cittadini francesi dovessero aversi per validi. Ora, mentre sul primo di questi punti non può presso noi ripresentarsi la questione, non essendo dal nostro codice prescritti questi atti rispettosi che il codice Francese ordinava (1), l'altro punto poi formerà oggetto di un quesito speciale di cui tratteremo parlando della necessità delle pubblicazioni nel regno pei matrimoni che i cittadini contraggano in paese estero.

---

(1) V. sopra, n. 81, p. 308.

Ma anche considerata la questione sotto l'aspetto generale, se l'art. 100 del codice nostro, corrispondente al 170 del codice Francese, renda nullo il matrimonio contratto all'estero, per la inosservanza di qualunque delle condizioni prescritte, o solo per la mancanza di quelle condizioni che rendono nullo il matrimonio celebrato nel regno, troviamo la dottrina francese implicata nelle più grandi oscurità ed incertezze.

Alcuni autori opinavano in modo assoluto per la nullità del matrimonio contratto in paese estero in onta agl'impedimenti, fossero pure semplicemente *proibitivi*, stabiliti dalla legge nazionale (1). Altri ne sostenevano all'opposto la validità, quando le prescrizioni di legge violate non recassero la sanzione della nullità pei matrimoni stessi celebrati in Francia (2).

Una terza opinione non ammetteva così assolutamente e generalmente la sanzione di nullità, ma attribuiva all'autorità giudiziaria il potere di dichiarare la validità o la nullità secondo le circostanze, secondochè risultasse o no essersi celebrato il matrimonio all'estero nell'intendimento di renderlo *clandestino*, e sottrarsi così all'applicazione delle leggi nazionali; salvo sempre il poter essere definitivamente sanata la nullità col mezzo del possesso di stato (3). È da osservare però che questa ultima dottrina appoggiava quella specie di transazione ch'essa proponeva, all'art. 193 del codice Francese, a quella disposizione che abbandonava al potere discrezionale dei tribunali il giudicare se il matrimonio, di cui fosse chiesto l'annullamento per mancanza di qualcuna delle forme che avrebbero dovuto accompagnarne la celebrazione, avesse o no ricevuto una pubblicità bastante; disposizione che vedemmo non essere stata adot-

(1) V. DELVINCOURT, t. I, pag. 68, n. 4; MARCADÉ, art. 170, § 2, t. I, nn. 583, 584.

(2) V. MERLIN, *Rép.* v. *Bans de mar.*, n. 2; VAZEILLE, t. I, n. 158; AUBRY et RAU, § 468, 2°, n^a 16; LAURENT, III, 26-28.

(3) V. DURANTON, t. II, n. 238; VALETTE sur PROUDHON, t. I, p. 412; DEMOLOMBE, t. III, n. 223-225; FŒLIX, *Des mar. contr. en pays étrang.*, p. 3-15.

tata dal codice nostro (1). — D'altra parte, anche argomentando dall'art. 193 del codice Francese, gli autori che professavano questa opinione conciliativa erano stati censurati, e pare non a torto, per " aver proceduto piuttosto " come legislatori che come giureconsulti, creando, all'in- " fuori dei testi, e sovra basi incerte, una regola di tran- " sazione secondo la quale il matrimonio sarebbe or valido " or nullo, giusta una valutazione di fatto nella quale si " attribuirebbe ai tribunali un completo arbitrio (2).

Abbandonata pertanto questa dottrina, che facevasi forte di un sistema adottato dai codice Francese ma respinto dal nostro, e che d'altronde mal si reggeva anche con questo appoggio, resta solo di scegliere tra i due partiti estremi: la validità o la nullità legale del matrimonio. E posta così la questione, sembra doversi ritenere la validità.

Non è da dissimulare che veramente al partito contrario farebbero propendere, a primo aspetto, le espressioni nelle quali è formulato l'articolo 100. Dicendo che " il matri- " monio seguito in paese estero tra cittadini, o tra un cit- " tadino ed uno straniero, *è valido purchè il cittadino non* " *abbia contravvenuto alle disposizioni contenute nella sezione* " *seconda del capo I di questo titolo* ", sembrerebbe che dell'osservanza di tutte queste disposizioni (ancorchè non recanti di per sè la sanzione di nullità) se ne facesse una condizione imprescindibile per la validità del matrimonio celebrato in paese straniero. Taluno anzi ha detto che quella condizione sia necessaria per attribuire *competenza all'uffiziale pubblico d'un paese straniero a celebrare il matrimonio*, epperò in difetto della perfetta osservanza di tale condizione, il matrimonio sia nullo, secondo i principii generali, per incompetenza del funzionario che lo ha ricevuto.

---

(1) V. sopra, n. 159, pag. 636.
(2) V. Marcadé, l. c., n. 583.

Pure non sembra difficile il combattere queste obbiezioni.

L'art. 100 del nostro codice contempla questo quesito: *è valido il matrimonio contratto da un cittadino in paese straniero?* — e risponde: *è valido, purchè siano adempite le condizioni ordinariamente prescritte come necessarie per contrarre matrimonio.*

Ora il significato e lo scopo di questa disposizione di legge non possono essere che di *mantenere soggetto alla legge nazionale* il cittadino che contragga matrimonio all'estero; vale a dire che le disposizioni della legge nostra, circa le condizioni per contrarre matrimonio, seguono il cittadino anche all'estero (cf. art. 6, disp. prelim.). Intendere invece il testo dell'art. 100 nel senso che le prescrizioni della legge acquistino un maggior rigore pel cittadino che contragga matrimonio fuori del regno, nel senso cioè che un impedimento il quale sarebbe soltanto proibitivo, ove Tizio celebrasse matrimonio nel regno, diventi dirimente solo perchè Tizio stesso contragga matrimonio in paese straniero; intendere così la disposizione della legge varrebbe quanto stabilire una massima non solo ingiustificabile razionalmente, ma che renderebbe contraddittorio il testo medesimo della legge, la quale dichiarerebbe un dato impedimento essere, per virtù della medesima legge, ora proibitivo, ora dirimente, per una stessa persona, secondo il luogo in cui il matrimonio venga celebrato.

Questa interpretazione logica dell'art. 100 è altresì confermata dalla autorità della relazione Vigliani al Senato, ove leggesi: " Da questa disposizione (art. 109 del Progetto " senatorio — art. 100 del codice) si potrebbe argomen- " tare che il matrimonio del cittadino all'estero debba re- " putarsi nullo, quando si fossero omesse le pubblicazioni " nel regno. Ma questa conseguenza, che fu ammessa in " Francia, sarebbe eccessiva, poichè la omissione delle pub- " blicazioni, non rendendo nullo il matrimonio contratto " nel regno, e assoggettando soltanto i trasgressori ad una " multa, *non sarebbe razionale che producesse la nullità del*

“ *matrimonio contratto da un cittadino all'estero.* Si è perciò
“ divisato di modificare la detta disposizione nel senso che
“ la trascuranza delle pubblicazioni non influisca sulla vali-
“ dità del matrimonio „ (1). — L'osservazione del Vigliani, quantunque rivolta più specialmente alla conseguenza del difetto di pubblicazioni, vale identicamente, com'è ovvio, per tutte le altre prescrizioni di legge che non sono imposte a pena di nullità, pei matrimoni contratti nel regno, e fanno luogo a sanzioni pecuniarie soltanto.

Vero è, poter accadere così che, mancando altre sanzioni speciali, e non essendo applicabile contro l'uffiziale pubblico straniero la sanzione penale ordinaria, che per la legge nostra assicura la osservanza di tutte le sue disposizioni (art. 126, cod. civ.), rimanga per tal modo aperta la via a violare impunemente, nei matrimoni che da persone cittadine del regno si celebrino in paese estero, alcune delle condizioni prescritte come necessarie per poterli contrarre. Ma il riparare a questo inconveniente sarebbe opera del legislatore; non può esserlo di chi, avendo per unica missione di interpretare ed applicare la legge, non ha facoltà di creare arbitrariamente delle nullità, dalla legge medesima non pronunciate.

Sembra dunque doversi conchiudere che, non ostante la disposizione dell'art. 100, § 1°, i matrimoni celebrati all'estero saranno bensì nulli quando siasi contravvenuto a quelle fra le disposizioni contenute nella sezione seconda del capo I di questo titolo, che sono prescritte a pena di nullità anche pei matrimoni celebrati nel regno; ma saranno validi in ogni altro caso, salvo quelle altre sanzioni speciali stabilite dalla legge nostra che siano applicabili, come sarebbe la privazione dei lucri dotali, delle donazioni e dei diritti successorii provenienti dall'anteriore matrimonio, per la donna che avesse contratte nuove nozze in onta al

---

(1) Relazione della Commissione del Senato sul I° libro del Codice civile, n. 58.

divieto dell'art. 57, e l'applicazione della pena pecuniaria a lei ed al nuovo coniuge (art. 128, cod. civ.) (1).

189. Per riguardo alla *competenza dell'uffiziale pubblico* che possa ricevere l'atto di matrimonio in paese straniero, è necessario distinguere se gli sposi siano amendue cittadini del regno italiano, o se l'uno di essi sia straniero.

Nel primo caso l'atto di matrimonio potrà essere ricevuto, a scelta degli sposi, tanto dall'uffiziale pubblico competente secondo le leggi del paese in cui quell'atto si celebra, quanto da un regio agente diplomatico o consolare avente autorità nel luogo in cui gli sposi o l'uno di essi risiedano; il primo dei quali funzionari sarebbe riguardato come competente anche a fronte della legge nostra, in virtù della regola — *locus regit actum* — e l'altro lo sarebbe per la disposizione dell'art. 368 cod. civile.

Nel secondo caso l'uffiziale competente non potrebbe essere — di regola — che quello del paese straniero in cui si celebra il matrimonio; poichè egli è competente, appunto in virtù del principio *locus regit actum*, per amendue gli sposi; mentre i regi agenti diplomatici o consolari non potrebbero riguardarsi come aventi competenza alcuna rispetto allo straniero (art. 100 ed art. 9, § 2, disp. prel.). Tuttavia vi può esser caso che l'ufficiale consolare italiano abbia competenza anche per la celebrazione di un matrimonio fra un italiano ed una straniera o fra uno straniero ed una italiana; e ciò a termini dell'art. 29 della nostra legge consolare 28 gennaio 1866, n. 2804, ove è disposto: " Possono anche (i regi agenti diplomatici o consolari) " ricevere, *ove le leggi, gli usi o le consuetudini locali lo permettano*, gli atti di matrimonio fra un italiano ed una " straniera „. — Disposizione questa che sembra motivata

(1) V. in questo senso: Pacifici-Mazzoni, *Ist.* (2ª ed.), II, 155; Buniva, *Dir. delle persone*, I, p. 201-202; De-Filippis, *Corso di dir. civ.*, IX, 218. — Di opinione contraria è il Borsari, *Comm.*, art. 100, § 261, per le ragioni addotte dal Marcadé e sopra esaminate.

dalle condizioni di scarsa civiltà in alcuni remoti paesi, e per le quali potrebbe riuscire più malagevole al cittadino nostro il procedere alla celebrazione del matrimonio per ministero dell'ufficiale del luogo.

190. Quanto alle *formalità preliminari* del matrimonio, il codice Italiano, distinguendo tra esse la principale, consistente nelle pubblicazioni, ha ritenuto non esserne dispensati i cittadini che contraggano matrimonio all'estero; poichè tali forme avendo per precipuo fine di assicurarsi della capacità dei contraenti, e questa dovendo essere regolata pei cittadini dalle leggi dello Stato (art. 6, disp. preliminari), era quindi naturale che si richiedessero, per accertare l'esistenza di tale capacità, quegli speciali mezzi che le leggi stesse dello Stato prescrivono.

Quindi è stabilito nell'art. 100, § 2, cod. civ. che: “ Le “ pubblicazioni devono anche farsi nel regno a norma degli “ articoli 70 e 71. Se lo sposo cittadino non ha residenza “ nel regno, le pubblicazioni si faranno nel comune dell'ul- “ timo domicilio „.

Così, pei motivi superiormente accennati, si è derogato, in ordine a questa speciale formalità preliminare della celebrazione del matrimonio, al principio generale *locus regit actum.* E questa deroga, pei termini stessi generali ed assoluti in cui è formulata, è applicabile senza riguardo al tempo più o meno lungo durante il quale il cittadino abbia tenuto e tenga la sua residenza in paese estero; e rende comuni anche ai matrimoni da celebrarsi da cittadini in paese straniero tutte le regole stesse che nel capo II di questo titolo del codice sono stabilite relativamente alle pubblicazioni, quantunque l'art. 100 richiami espressamente soltanto le disposizioni degli articoli 70 e 71, siccome quelle che stabiliscono i principii fondamentali di tale materia.

In questo argomento, delle pubblicazioni d'un matrimonio da celebrarsi in paese estero, è stato evocato il

dubbio, che già sopra accennammo, relativo al doversi o no, in caso di contravvenzione, considerare come nullo il matrimonio, non ostante che in caso somigliante non si verifichi questa nullità pei matrimoni contratti nel regno. — Ma ormai la dottrina italiana è concorde nel riconoscere che sia inammissibile la sanzione della nullità, per la inosservanza di questo precetto di forma (1). La opinione affermativa più rigorosa fondavasi, come si è veduto, sul sistema stabilito dalla legislazione francese circa i matrimoni clandestini, sistema che fu invece reietto dal codice Italiano. Sembra poi che l'articolo 100 di questo codice dimostri molto chiaramente collo stesso suo testo non essersi voluto considerare la mancanza di pubblicazioni come causa di nullità, neppure dei matrimoni celebrati in paese straniero; dappoichè è solo nel primo paragrafo di quell'articolo che si parla delle condizioni le quali possono essere *necessarie alla validità del matrimonio* (ed ancora abbiam visto entro quali limiti ciò debba intendersi), mentre della necessità delle pubblicazioni per tali matrimoni si è parlato separatamente nel secondo paragrafo, senza accennare punto nè a validità nè a nullità che dall'eseguimento o dalla omissione di questa formalità possa derivare pel matrimonio celebrato all'estero. In fine fu questa una modificazione appositamente fatta dalla Commissione del Senato al progetto ministeriale; il cui articolo 87 dichiarava *valido il matrimonio contratto in paese estero tra cittadini o tra un cittadino ed uno straniero, purchè fosse celebrato secondo le forme stabilite in quel paese, e purchè si fossero fatte nel regno le pubblicazioni a norma degli articoli* 69 *e* 70 (corrispondenti ai numeri 70 e 71 del codice attuale) *e purchè il cittadino non avesse contravvenuto alle disposizioni contenute nella sezione seconda, capo I del titolo del matrimonio.*

Ma questa disposizione fu modificata nel senso in cui è

---

(1) Il Pacifici-Mazzoni, che fu di avviso contrario nella 1ª edizione delle sue *Istituzioni*, ha dovuto ricredersi nella 2ª edizione.

concepito il testo dell'art. 100, § 2, del codice, acciò apparisse chiaro che “ la trascuranza delle pubblicazioni non “ influisce sulla validità del matrimonio „ (1).

Nessuna influenza si è dunque voluto attribuire alla mancanza delle pubblicazioni sulla validità del matrimonio, neppur quando esso sia stato celebrato in paese straniero; epperò la nullità, non tanto non può derivare da quella sola omissione di pubblicazioni, ma nemmeno da questa circostanza congiunta alla dimostrazione che scopo delle parti sia stato di rendere *clandestino* il matrimonio. Se questa clandestinità intendeva a nascondere la mancanza d'una condizione necessaria alla validità legale del matrimonio, la medesima mancanza sarà di per sè causa di nullità; ma questa non potrebbe farsi derivare dall'intendimento delle parti di eludere la legge, quando la legge stessa non ha voluto impiegare tale sanzione (2).

191. Quanto alla forma estrinseca propria dell'*atto di celebrazione* d'un matrimonio di cittadini italiani in paese straniero, l'art. 100, § 1 del cod. civ. esige, per la validità del matrimonio stesso, ch'esso sia celebrato *secondo le forme stabilite dalle leggi del paese in cui segue*. Ciò non è che una applicazione del principio generale — *locus regit actum.* — Avvi però un'eccezione pel caso in cui, essendo cittadini italiani amendue gli sposi, essi preferiscano di far ricevere l'atto di loro matrimonio dai regi agenti diplomatici o consolari; chè allora diventa una necessità l'osservare le forme stabilite dal nostro codice (art. 368, § 1, cod. civile).

Dal principio sancito a tale riguardo nell'art. 100 del nostro codice parrebbe dunque derivare che qualunque sia la forma di celebrazione del matrimonio, secondo le leggi del paese in cui questo abbia avuto luogo, dovesse tale

---

(1) V. il brano della relazione VIGLIANI riferito sopra, n. 188bis, p. 814.

(2) Cf. SAREDO, *Tratt. di dir. civ.*, I, n. 169, pag. 446; BORSARI, *Comm.*, art. 100, § 263; BUNIVA, *Dir. delle persone*, I, pag. 201-202; PACIFICI-MAZZONI, *Istit.* (2ª ediz.), II, 154.

forma ritenersi efficace per tutti gli effetti civili del matrimonio stesso che poi si invocassero nello Stato nostro; salvo l'obbligo (di cui si dirà tra breve) di fare inscrivere l'avvenuto matrimonio nei registri di stato civile del regno, dopo che il cittadino vi abbia fatto ritorno, a tenore del successivo art. 101.

Una difficoltà assai grave però è sorta e fu esaminata dalla dottrina, per la ipotesi che le leggi locali del paese in cui fu conchiuso il matrimonio riconoscano efficace civilmente la forma soltanto religiosa di celebrazione; domandandosi allora se possa un simile matrimonio aver valore e produrre effetti civili nello Stato nostro, dove per motivi di *ordine pubblico* si ritiene necessario non solo alla validità legale, ma alla *esistenza* medesima del matrimonio, che esso sia rivestito della forma civile (1). E gli scrittori nostri, di fronte alla disposizione generale dell'art. 100, ammettono che in tale ipotesi il matrimonio concluso legittimamente col rito religioso, secondo le leggi del luogo, deve essere riconosciuto e pienamente valido anche di fronte alla legge e ai tribunali italiani (2). Uno solo fra essi, per quanto ci consta, ritiene che a quella massima debba almeno porsi una restrizione, distinguendo secondo che il fatto della celebrazione del matrimonio in paese straniero, sia o no stato preordinato dagli sposi allo scopo di evitare l'osservanza delle forme prescritte dalla legge nostra; ravvisando egli in ciò una specie di *frode* a leggi di ordine pubblico, la quale non potrebbe ritenersi sussidiata da effetti giuridici (3). — A noi sembra che il dubbio vada esaminato sotto un aspetto più comprensivo; perocchè non solo nel caso contemplato dai predetti scrittori, ma ancora

---

(1) Cf. sopra, n. 41, pag. 136-137.

(2) Cf. Saredo, Op. cit., n. 167, p. 441; Pacifici-Mazzoni, *Istit.* (2ª ediz.), II, 154; Ricci, *Dir. civ.*, I, 117; Fiore, *Diritto internazionale priv.* (3ª ediz., Torino, 1889), II, 527-530. — V. anche Cassaz. di Torino, 29 luglio 1870 (*Annali*, IV, 1, 225).

(3) Borsari, *Comm.*, art. 100, § 262.

in quello che le leggi del luogo in cui fu conchiuso il matrimonio ammettano (qualche esempio non manca, pure tra le nazioni civili, per esempio in Inghilterra e in America) la validità di una celebrazione in forma puramente privata, cioè mediante il consenso e la coabitazione, anche in tal caso la questione sorge identicamente. Sicchè il punto vero della questione sembra essere questo: se la norma dell'art. 100, in quanto riflette la forma di celebrazione del matrimonio, debba o no ritenersi subordinata anch'essa al principio generale scritto nell'art. 12, disp. prelim. codice civile; e debba quindi o no trovare una limitazione rispetto a quelle forme che nello Stato nostro sono ritenute essenziali o costitutive, e la cui mancanza perciò rende per noi il matrimonio, più che annullabile, inesistente in diritto.

Così la questione proposta rientra veramente nel campo difficile e complesso del diritto internazionale privato; nè le norme speciali sancite cogli articoli 100-103 cod. civile (delle quali ora ci occupiamo) valgono per sè sole a risolverla, se non siano coordinate coi principii fondamentali posti negli articoli 6-12 disp. prelim. E in questa generale teoria è infatti controverso il punto se la massima *locus regit actum*, riconosciuta nell'art. 9, § 1, disp. prelim., sia applicabile anche in rapporto agli atti che la legge nostra rende *solenni*, pei quali perciò la forma prescritta dalla legge nostra, e non dalla legge del luogo in cui l'atto è avvenuto, è considerata come *elemento sostanziale* dell'atto medesimo; su di che varie e contradditorie soluzioni furono sostenute (1).

192. Alle norme riguardanti le forme di celebrazione del matrimonio di cittadini in paese straniero, si connet-

(1) Cf. la prima edizione di questo *Corso*, t. I, n. 181, pag. 297-298. — V. anche, nel senso che la regola *locus regit actum* sia inapplicabile alle forme solenni o costitutive, Cassazione di Roma, 19 aprile 1890 (*Fôro it.*, XV. 1, 1241), con ampia *nota* contraria del prof. Guido Fusinato, che riassume la dottrina e la giurisprudenza in proposito.

tono naturalmente quelle relative alla *prova* della celebrazione medesima. E in massima, la dottrina è concorde nel riconoscere che la regola stabilita nell'art. 100 del codice nostro, quanto alla forma della celebrazione, implica necessariamente l'applicabilità delle leggi del luogo in cui fu celebrato il matrimonio, e non delle regole del codice nostro (art. 117 e seg., cod. civ.), anche per quanto concerne la prova della unione coniugale. Ciò si giustifica altresì, in dipendenza della regola generale stabilita nell'articolo 10, disp. prelim., secondo cui i mezzi di prova degli atti giuridici sono determinati dalla legge del luogo in cui l'atto fu compiuto. Così, per esempio, se le leggi del paese straniero in cui fu celebrato il matrimonio ne ammettano la prova per mezzo di testimoni o del possesso di stato, questi mezzi di prova potranno essere dedotti anche nello Stato nostro, senza che siano applicabili le restrizioni stabilite in proposito dagli articoli 118, 119-121, cod. civ. Ital. (1). — Tuttavia dobbiamo guardarci anche qui dal confondere la questione della *prova* con quella della *validità* intrinseca della celebrazione. Se la differenza tra la legge nostra e la legge straniera, e la supposta maggior larghezza di questa, vertisse non tanto sui mezzi di constatazione della unione coniugale, quanto sul fatto stesso della celebrazione e sulle solennità costitutive di questa; se, per esempio, si trattasse di provare per testimoni che un matrimonio fu celebrato col solo consenso in forma privata, giusta le leggi di quel paese; la questione esorbiterebbe dai limiti della mera prova e riguarderebbe invece la efficacia o meno, per noi, di quella celebrazione, quantunque pienamente provata. Su di che troverebbero applicazione le osservazioni esposte più sopra.

193. Infine all'argomento della celebrazione del matrimonio in paese straniero si ricollega pure il punto che

(1) V. Aubry et Rau, § 468, 2°; Laurent, III, 20; Pacifici-Mazzoni, *Istit.*, (2ª ediz.), II, 154; Ricci, *Dir. civ.*, I, 118; Fiore, Op. cit., II, 549 e seg.

riguarda la validità od impugnabilità del matrimonio stesso *per vizio di consenso* (errore, violenza), o anche per *impotenza*, la quale è una causa di annullamento strettamente affine a quella dei vizi di consenso (1). — La proponibilità di questi mezzi di impugnativa, contro un matrimonio celebrato da cittadini in paese straniero, dovrà essere valutata coi criteri e colle regole della legge del luogo, o con quelli della legge nazionale dei contraenti, e cioè del codice nostro? — Parve ad un valente nostro scrittore di poter propugnare l'applicazione della legge del luogo in cui sia stato conchiuso il matrimonio, argomentando da ciò, che il testo dell'art. 100 assoggetta il cittadino che contragga matrimonio fuori del regno alla osservanza delle disposizioni *contenute nella sezione seconda del capo 1 di questo titolo*, cioè a quelle che riguardano (secondo la intestazione di quella sezione) *le condizioni* necessarie per contrarre matrimonio (articoli 55 e seg.), mentre che le regole relative all'errore, alla violenza e all'impotenza sono collocate più innanzi nel capo VI delle domande per nullità del matrimonio; sicchè dovrebbesi ritenere che " questa parte del " capo VI non fu compresa nel richiamo fatto dall'arti- " colo 100 ", e che quindi il matrimonio infetto di uno di quei vizi " potrebbe bensì annullarsi, ma solo in quanto " fosse annullabile secondo le leggi del paese ove il ma- " trimonio è stato celebrato " (2). — A noi per verità l'argomentazione dedotta, in materia così grave, dalle rubriche del codice e dalla collocazione materiale degli articoli, sembra tutt'altro che sufficiente e decisiva. — Bisogna innanzi tutto eliminare il caso in cui, essendo amendue gli sposi cittadini italiani, essi abbiano celebrato il loro matrimonio in paese straniero, davanti ai regi agenti diplomatici o consolari, a tenore dell'art. 368 cod. civ.; poichè in tal caso il matrimonio si considera legalmente *come cele-*

---

(1) V. sopra, n. 75, p. 273-275.
(2) V. Borsari, *Comm.*, art. 100, § 262, 2°.

brato nel regno, e in conseguenza tutto quanto concerne la validità (sia estrinseca, sia intrinseca) della celebrazione rimane soggetto alle disposizioni del codice nostro, e non a quelle della legge del paese in cui avvenne il matrimonio. Qualora poi il matrimonio tra cittadini all'estero sia stato celebrato per mezzo dei funzionari locali, sembra chiaro che per decidere quale legge sia da applicare circa la impugnazione del matrimonio stesso per vizio di consenso o per impotenza, dovrà la massima speciale stabilita nell'articolo 100 essere ravvicinata e combinata colle regole generali sul diritto internazionale privato, poste negli art. 6 e 9, § 2, disp. prelim.; giacchè sono appunto le norme contenute in questi due articoli che possono avere rapporto col quesito concernente un matrimonio concluso tra cittadini all'estero, e impugnato poi per vizio di consenso o per causa di impotenza; e d'altro lato sarebbe poco plausibile il supporre che tale quesito si fosse inteso risolvere dal legislatore nell'art. 100, indipendentemente dai principii di diritto internazionale privato posti in quegli articoli preliminari. Resterà dunque a ricercare se la impugnazione di un matrimonio per vizio di consenso o per impotenza implichi una questione relativa allo stato e alla capacità della persona, risolvibile colla legge nazionale della persona stessa, a termini dell'articolo 6 disposizioni prelim.; o se invece possa più fondatamente ricondursi alla norma del successivo art. 9, § 2, secondo cui "..... *La sostanza* e " gli effetti delle *obbligazioni* si reputano regolati dalla " legge del luogo in cui gli atti furono fatti, e se i con- " traenti appartengano ad una stessa nazione, dalla loro " legge nazionale ". E in ordine a questo, potrà forse ritenersi che al caso nostro non sia *direttamente* applicabile nè la disposizione dell'art. 6 predetto, in quanto che la questione del vizio del consenso non verte propriamente sopra lo *stato personale;* nè l'altra disposizione dell'art. 9, § 2, perchè questa (benchè possa comprendere sotto la dizione *sostanza delle obbligazioni* anche i requisiti intrinseci

del consenso) pure concretandosi essa nell'idea che debba essere determinata dalla volontà espressa o tacita delle parti la legge regolatrice dell'atto giuridico da esse compiuto, sembra perciò adattarsi difficilmente a ciò che concerne le cause di nullità del matrimonio. Ma allora rimarrà in ogni modo da ricercare quali siano i criteri risultanti dal sistema complessivo adottato dal nostro codice in quegli articoli preliminari, che devono servire di guida nella soluzione del quesito indicato. — Così è anche questo un punto abbastanza controvertibile, nella difficile teoria del diritto internazionale privato. Dobbiamo dunque rinviarne la trattazione ad altra sede; contentandoci qui di avere determinato, come ci sembra, la base ed i termini della questione.

194. I matrimoni contratti da cittadini in paese estero si trovano sottoposti ad una norma speciale, riguardante una formalità di cui la legge ordina l'adempimento, posteriormente alla celebrazione. È opportuno infatti che simili matrimoni siano conosciuti legalmente e pubblicamente nel regno, per tutti gli effetti civili che possono produrre specialmente a fronte di terze persone. Se la celebrazione del matrimonio sia avvenuta dinanzi ai regi agenti diplomatici e consolari, provvede a quello scopo l'obbligo ingiunto a questi ufficiali di trasmettere copia dell'atto relativo, entro tre mesi, al ministero degli affari esteri, per cura del quale l'atto stesso si farà pervenire agli uffizi di stato civile dei comuni d'ultimo domicilio degli sposi (art. 368, cod. civ.). Se poi il matrimonio sia stato celebrato per mezzo dei funzionari del paese straniero, non potendo allora la legge imporre ad essi obbligo alcuno, ha provveduto l'art. 101, dichiarando che: " Il cittadino che ha contratto matri-
" monio in paese estero deve, nei tre mesi del suo ritorno
" nel regno, farlo inscrivere nei registri dello stato civile
" del comune dove avrà fissata la sua residenza, sotto pena
" di una multa estendibile a lire cento ".

Il termine suddetto di tre mesi non è però perentorio;

sicchè anche dopo quel tempo la trascrizione, che fosse richiesta, dell'atto di matrimonio, dovrebb'essere eseguita; salvo l'applicazione della multa per la tardività. Ciò si desume con certezza, sia dal non essere espressamente dichiarata dalla legge la perentorietà del termine, sia dalla ragione stessa delle cose, che non permetterebbe di far dipendere da una formalità, utile sì, ma non certamente essenziale al matrimonio, lo stato dei coniugi e dei figli. Nè osterebbe, a poter ammettere la trascrizione tardiva, che al tempo in cui essa venisse richiesta fosse già avvenuto lo scioglimento del matrimonio.

La disposizione dell'art. 101, cod. civ., che pel caso di inosservanza di quanto vi è prescritto stabilisce una speciale sanzione di pena pecuniaria, toglie con ciò il dubbio a cui lasciava luogo l'art. 171 del codice Francese; se la mancanza di trascrizione dell'atto di matrimonio ne impedisse gli effetti civili. Alcuni autori sostenevano l'opinione affermativa (1). Altri avvisavano in contrario per la piena efficacia civile del matrimonio, salvo il risarcimento dei danni che terze persone potessero provare esser loro derivati dalla mancanza di trascrizione (2). Altri finalmente dicevano che il matrimonio contratto all'estero e non trascritto, dovesse tuttavia produrre gli effetti civili, eccettuati solamente quelli che *riguardassero l'interesse di terze persone, e si fondassero sulla pubblicità;* come l'ipoteca legale a favore della donna maritata, e la rescindibilità dei contratti fatti senza l'autorizzazione maritale (3).

Il codice Italiano non avendo espressamente dichiarata la nullità, ed anzi avendo provveduto con una diversa sanzione, ha tolto ogni dubbio; mantenendo così la piena efficacia giuridica del matrimonio, che dovrà in ogni caso produrre tutti gli effetti civili di cui è suscettibile, e contro

---

(1) V. Delvincourt, t. 1, p. 68, n. 6.
(2) V. Demolombe, t. III, n. 229; Aubry et Rau, § 468, nota 24; Laurent, II, 38.
(3) V. Zachariae, § 468, n. 2, n. 1; Marcadé, art. 171, n. 587.

qualunque anche terza persona, sebbene essendo stato contratto all'estero non ne sia stata eseguita la trascrizione sui registri dello stato civile, nè entro il termine stabilito dalla legge nè posteriormente (1).

195. *C*) Non è, nè poteva essere, vietato agli *stranieri di contrarre matrimonio in Italia* (2); purchè, ben s'intende, gli sposi, od uno almeno di essi, abbiano il domicilio o la residenza nel regno; in difetto di che i nostri uffiziali dello stato civile sarebbero incompetenti (art. 93, cod. civ.) e il matrimonio da essi celebrato sarebbe quindi infetto di nullità (art. 104, § 2, cod. civile).

Ma quali norme saranno anzitutto da seguirsi per tali matrimoni, quanto alle *condizioni necessarie* per poterli contrarre?

A tale quesito risponde l'art. 102 del cod. civile.

" La capacità dello straniero a contrarre matrimonio è " determinata dalle leggi del paese a cui appartiene.

" Anche lo straniero però è soggetto agl'impedimenti " stabiliti nella sezione seconda del capo I di questo " titolo ".

Ma gl'impedimenti stabiliti in quella sezione (art. 55 al 63 del cod. civ.) riguardano pure, in massima parte, la incapacità personale degli sposi; come quelli che dipendono dalla età, dall'essere legato in un matrimonio anteriore, dai vincoli di parentela, di affinità o di adozione, dall'interdizione giudiziale, da mancanza di consenso delle persone alla cui autorità siano subordinati gli sposi od uno almeno di essi. In qual modo potremo dunque conciliare queste due parti dell'articolo, la prima delle quali applica rettamente al caso dello straniero, che voglia contrarre matrimonio nel regno, il principio stabilito nell'art. 6 delle

(1) In questo senso, tutti gli scrittori nostri.

(2) Anche in ordine allo svolgimento di questo secondo tema, dobbiamo richiamare l'avvertenza posta al n. 188, p. 809, circa i limiti della trattazione attuale.

disposizioni preliminari (*che cioè lo stato e la capacità delle persone sono regolati dalla legge della nazione a cui esse appartengono*) e l'altra assoggetterebbe anche lo straniero alle leggi nostre quanto alla sua incapacità a contrarre matrimonio per impedimenti stabiliti dalle nostre leggi e non da quelle del paese a cui egli appartenesse?

La difficoltà innegabile di interpretazione che così presenta il nostro art. 102 ha dato causa a grande divergenza di opinioni. Nella prima edizione di questo trattato, dopo un ampio esame della questione, ci parve di dover venire a questo principale risultato: che debba applicarsi la legge nazionale dello straniero (in conformità al principio generale posto nell'art. 6, disposiz. prelim., e sotto però la limitazione risultante dal successivo articolo 12) per tutti quei requisiti del matrimonio che traggono la loro *causa* dallo stato medesimo e dalla capacità personale del forestiero, come sarebbero le condizioni riguardanti l'età, il vincolo di parentela, il vincolo di anteriore matrimonio: debbasi invece applicare la legge nostra (in forza del capoverso dell'art. 102) a quei requisiti o impedimenti che derivano propriamente da circostanze estrinseche alla persona, e producono bensì per essa una incapacità a contrarre matrimonio, ma solo come *effetto* o *conseguenza* di quelle circostanze estrinseche; per esempio, l'impedimento nascente da reato, o dalla vedovanza della donna da meno di dieci mesi (1).

Attualmente però la questione ha provocato presso noi parecchie e diverse manifestazioni di scrittori e di tribunali. Sicchè riguardo alla conciliazione delle due parti dell'art. 102, troviamo proposte le soluzioni seguenti:

1° Quella che abbiamo qui sopra indicata;

2° Una dottrina più rigorosa e sbrigativa, secondo cui pei matrimoni degli stranieri nel regno si dovrebbero richiedere *cumulativamente* i requisiti stabiliti dalla legge

---

(1) V. la prima ediz. di questo Corso, t. II, n. 158, p. 530-537.

sua nazionale e quelli stabiliti dalla legge nostra, di guisa che lo straniero per contrarre matrimonio dovrebbe essere doppiamente capace (1);

3° Altri volendo trovare, come noi, un oggetto distinto e un campo diverso di applicazione alle due regole che si trovano sancite nell'art. 102, ha creduto di potervi giungere per altra via. Osservando che il § 1° di questo articolo parla di *capacità* dello straniero a contrarre matrimonio (per la quale deve applicarsi la legge sua nazionale), e il § 2° di esso parla invece di *impedimenti* (pei quali si dice applicabile la legge nostra), si è pensato che la prima risulti dal complesso delle condizioni *affermative* richieste pel matrimonio, i secondi, ossia gli impedimenti risultino invece dalle condizioni *negative;* in quanto che " colle une " si richiede il concorso di certi fatti a contrarre matri- " monio, colle altre si nega la facoltà di contrarlo in pre- " senza di certi fatti che si sollevano come ostacolo ". E in applicazione di questo criterio si direbbe che condizioni affermative sono quelle degli art. 55, 63-66, negative tutte le altre; sicchè per quelle dovrebbe applicarsi la legge nazionale dei contraenti, in forza dell'art. 102, § 1, per queste la legge nostra, a termini dell'art. 102, § 2 (2);

---

(1) V. PACIFICI-MAZZONI, *Istit.* (2ª ediz.), II, 157; EMILIO BIANCHI, *Studi di dir. internaz. priv. nell' " Archivio giuridico "*, t. X, p. 427 e seg.; RICCI, *Corso di dir. civ.* (2ª ediz.), I, 260. Riservandoci, come si è avvertito, di esaminar meglio in altra trattazione questa teoria, possiamo però dire sin d'ora che ci sembra la meno accoglibile di tutte. Dessa infatti, prescindendo dalla condizione eccezionalmente sfavorevole che si creerebbe agli stranieri che contraggano matrimonio in Italia, assoggettandoli a tutto ciò che vi è di più rigoroso, tanto per la legge nostra quanto per la legge nazionale, riesce ad una applicazione esagerata della norma contenuta nell'art. 12 delle disposizioni preliminari. La riserva posta in questo articolo non può evidentemente aver tanta forza da distruggere tutto il principio consacrato nel precedente art. 6. E fu appunto costantemente osservato che l'art. 12 predetto non può avere un significato assoluto; giacchè in tal caso, siccome tutto ciò che concerne lo stato delle persone ed i rapporti di famiglia si attiene all'*ordine pubblico*, così non vi sarebbe mai caso in cui la regola dell'art. 6 potesse ricevere vera applicazione.

(2) V. BORSARI, *Comm.*, art. 102, § 266; ESPERSON, *Il principio di nazionalità nelle relaz. civ. internaz.* (Pavia, 1868), p. 77-78.

4° Infine, un'altra opinione, pure ammettendo che la legge italiana col predetto art. 102 non può intendere di imporsi intieramente alla legge nazionale degli sposi, ammettendo quindi che una differenza di oggetto tra le due parti di quell'articolo deve esistere, ritiene però che la soluzione della difficoltà possa ottenersi soltanto esaminando, una per una, le diverse condizioni considerate dalla legge in ordine al matrimonio, per determinare quali fra esse si attengano così intimamente all'*ordine pubblico*, da dover rendere prevalente la disposizione della legge territoriale, quali invece riguardino piuttosto l'interesse famigliare dei contraenti, così da poter lasciare libera applicazione alla loro legge nazionale (1).

196. Ma a parte anche la difficoltà di stabilire un criterio generico per la interpretazione dell'art. 102, cioè per la generica determinazione delle categorie di requisiti a cui possano riferirsi le due parti di esso, controversie anche più vive sono sorte nelle speciali applicazioni; sopratutto per quanto riflette la facoltà nello straniero di invocare la legge sua nazionale che permetta il *divorzio* (2). Questione complessa e sulla quale così copiose e così varie sono le opinioni degli scrittori e dei tribunali nostri, da rendere abbastanza difficile anche solo l'orizzontarsi, non che lo scegliere tra esse.

Dovendo anche qui (per le ragioni anzidette) limitarci

A questa soluzione sembra accostarsi anche il prof. Gianzana, nella dotta sua opera *Lo straniero in Italia*, I, 1, 95.

Però sulla difficoltà intrinseca della distinzione fra condizioni positive o *affermative* e condizioni negative o *impedimenti*, v. sopra, n. 36, p. 121-123.

(1) V. Fiore, *Dir. internaz. priv.* (3ª ediz.), II, 533-534; De Filippis, *Corso di dir. civ.*, IX, 214.

Il prof. Fiore però più recentemente ha concretato di più le sue idee, specialmente in ordine al diritto nostro positivo, cioè alla interpretazione dell'art. 102, avvicinandosi in sostanza al criterio suaccennato del Borsari. — V. la sua nota nel *Fôro it.*, 1892, a col. 662.

(2) Di alcune altre applicazioni si darà cenno nel numero seguente.

ad esporre lo stato della controversia, avvertiamo che i diversi aspetti di essa si presentano come segue:

1° Se lo straniero legalmente divorziato all'estero, secondo la sua legge nazionale, abbia facoltà di contrarre nuove nozze in Italia, producendo semplicemente “ una “ dichiarazione dell'autorità competente (amministrativa) “ dalla quale consti che, giusta le leggi da cui dipende, “ nulla osta al divisato matrimonio „ (art. 103, cod. civ.). E su questo primo punto la soluzione affermativa può dirsi ormai pacifica in dottrina e in giurisprudenza (1);

2° Sorgono invece difficoltà e gravi dissensi sul punto: se una sentenza estera di divorzio tra stranieri possa essere *riconosciuta* e dichiarata *esecutoria* dai tribunali italiani.

E qui si riscontrano anzitutto due questioni pregiudiziali, attinenti più veramente alla procedura, cioè:

a) Se ed in quali limiti i tribunali italiani possono avere *giurisdizione* rispetto alle *questioni di stato* che sorgano tra stranieri (2);

b) Se non debba ritenersi in principio che le sentenze estere sopra questioni di stato non sono soggette a giudizio di *delibazione*, in quanto che non tendendo esse propriamente alla esecuzione, attestando solo una qualità della persona, non abbiano bisogno di essere esecutorie (3).

---

(1) Cf. la prima edizione di questo Corso, t. I, n. 155, p. 238. — V. poi principalmente: Mattirolo, *Dir. giudiz.* (3ª ediz.), VI, 1091; Fiore, Op. cit., II, 696-697, e nota nel *Fôro ital.*, 1892, I, 659; Filomusi-Guelfi, nota nel *Fôro ital.*, 1884, I, 583; Gabba, nota *ibid.*, 1885, I, 179; Fusinato, nota nella *Giurispr. Ital.*, 1892, I, 2, 154.

(2) Cf. su ciò: Gianzana, *Lo straniero in Italia*, I, 2, nn. 195-208; Fusinato, *Quest. di dir. internaz. priv.* nella *Giurispr. ital.*, 1884, IV, 129; Filomusi-Guelfi e Fiore, note citate. — Il tema è stato più recentemente ed ampiamente esaminato dal prof. Mattirolo, *Dir. giudiz.* (4ª edizione, 1892), I, 966 e seg.

(3) V. Mattirolo, Op. cit. (terza ediz.), VI, 995; Gianzana, Op. cit., I, 3, nn. 63, 168; i quali ritengono, con altri, che le sentenze estere su questioni di stato personale, abbisognino del giudizio di delibazione, solo quando si voglia in base ad esse procedere ad atti di esecuzione sui beni, non quando vengano invocate soltanto per il valore di cosa giudicata. — In senso contrario, Fiore, citata nota nel *Fôro it.*, 1892, I, 653.

Risoluti però questi due punti incidentali, rimane la questione concreta circa la facoltà o meno nei magistrati italiani di dare un *riconoscimento formale alla sentenza estera di divorzio tra stranieri*, con dichiarazione del conseguente diritto nel coniuge divorziato di passare a seconde nozze. Su di che, quantunque la maggioranza degli scrittori stia ancora per la risposta affermativa (1), qualcuno tra essi e diversi giudicati recenti sostengono invece la negativa (2);

3° Infine, si è domandato se i magistrati italiani possano non solo rendere esecutoria in Italia una sentenza estera di divorzio tra stranieri, ma abbiano facoltà di *pronunciare* essi medesimi il divorzio tra stranieri, autorizzandoli a contrarre nuove nozze, in applicazione della loro legge nazionale. Tesi più radicale ed ardita, alla quale tuttavia non manca tra noi il suffragio di qualche autorevole avviso (3).

197. Quanto alle *formalità preliminari* del matrimonio, troviamo, rispetto agli stranieri, disposizioni speciali nel nostro codice.

È grandissima, anche nell'interesse generale (ad evitare il pericolo di successivi annullamenti) la importanza di assicurarsi che lo straniero riunisca veramente in sè tutte le condizioni necessarie per la capacità legale al matrimonio, secondo le leggi del proprio paese. E poichè sarebbe stato assai grave, imbarazzante, pericoloso l'affidarsi alle indagini che potesse fare l'uffiziale dello stato civile per

---

(1) V. Mattirolo, Op. cit., VI, 1091 e seg.; Gabba, Filomusi-Guelfi, Fiore, ll. cc. e le sentenze da essi già richiamate.

(2) V. Gianzana, Op. cit., I, 3, n. 170; Fusinato, nota nella *Giurispr. it.*, 1892, I, 2, 154; e più recentemente Corte di Modena, 29 aprile 1892, *ibid.*, 1892, I, 2, 367.

(3) La opinione dominante è recisamente contraria. Ma v. per l'affermativa la notoria sentenza della Corte di Ancona, 22 (o 12) marzo 1884, nel *Fôro ital.*, 1884, I, 574, e nella *Giurispr. ital.*, 1884, I, 2, 247. — La massima accolta da questa sentenza fu poi fortemente difesa dai professori Fadda e Bensa, nella loro traduzione del *Windscheid*, I, § 34, nª *E*, p. 157-163.

riconoscere la capacità dello straniero che vorrebbe contrarre matrimonio davanti a lui, il codice nostro ha molto opportunamente provveduto colla seguente disposizione dell'art. 103, § 1:

" Lo straniero che voglia contrarre matrimonio nel regno,
" deve presentare all'ufficiale dello stato civile una dichia-
" razione dell'autorità competente del paese a cui appar-
" tiene, dalla quale consti che, giusta le leggi da cui dipende,
" nulla osta al divisato matrimonio ".

Nè sembra, che, a fronte di così precisa disposizione di legge, sia possibile sostituire a questo documento, che tassativamente è richiesto, un altro modo qualunque di provare all'uffiziale dello stato civile la capacità dello straniero, come per esempio un atto di notorietà; il quale, se è ammesso in altri casi per supplire ai mezzi ordinari di prova dei fatti da constatarsi preliminarmente al matrimonio (art. 80, cod. civ.), non sarebbe altrettanto opportunamente adottabile qui, dove non si tratta di una semplice *constatazione di fatti*, ma della dimostrazione di un *punto di diritto*, qual'è la capacità personale a tenore di leggi straniere.

Certamente potrà accadere, in casi non pochi, che per rifiuto del funzionario pubblico straniero che avrebbesi a riguardare come competente, o per altra causa legittima e parimente giustificata, lo straniero sia nell'impossibilità di ottenere e produrre il richiesto certificato. Ma allora provvederà, dopo assunte le informazioni e fatte tutte le opportune indagini, il tribunale, a cui le parti potranno ricorrere contro il rifiuto dell'ufficiale di stato civile (art. 75, codice civile) (1).

Senonchè qualche difficoltà non lieve può sorgere in ordine alla portata del predetto art. 103, e in ordine altresì alle sanzioni da cui quel precetto di legge possa ritenersi accompagnato.

Sotto il primo aspetto, la domanda che si affaccia è la

(1) Cf. Demolombe, III, 233.

seguente: qualora la mancanza del *nulla osta*, voluto dall'art. 103, dipenda dalla esistenza di un impedimento riconosciuto dalla legge nazionale dello straniero, ma disconosciuto dalla legge nostra, vi può essere mai caso in cui il matrimonio debba nonostante essere autorizzato, perchè la proibizione di matrimonio consacrata dalla legge straniera sia da considerare come contraria al nostro ordine pubblico, e non possa quindi avere applicazione davanti i tribunali nostri, secondo l'art. 12 delle dispos. preliminari? Il dubbio fu sollevato pei casi in cui l'impedimento al matrimonio, secondo la legge straniera, sia fondato sopra circostanze o sopra istituti non riconosciuti dalla legislazione nostra; per esempio, la differenza di religione o di casta, la morte civile, la schiavitù, i voti religiosi, ecc. E per quanto non sembri difficile, in generale, il rispondere nel senso che le norme poste negli articoli 6, disposiz. preliminari e 102, cod. civ. possono in tali casi trovare ostacolo insuperabile nella massima sancita coll'art. 12 delle stesse disposiz. prelimin. pure ci riserbiamo anche qui di dare svolgimento a questo punto, quando riprenderemo in esame la materia del diritto internazionale privato (1).

Sotto il secondo aspetto, cioè in riguardo alla sanzione che può avere il precetto dell'art. 103, par chiaro che, se la mancanza del nulla osta ivi prescritto costituirà in ogni caso un impedimento *proibitivo* o *impediente* alla celebrazione del matrimonio, il determinare invece se possa derivarne eziandio un impedimento *dirimente* (nell'ipotesi che il matrimonio venisse nonostante celebrato) dipenderà intieramente dalla natura della *causa* per cui fu ricusata dal-

(1) Una questione interessante e nuova è sorta da noi, in quest'ordine di idee, pel caso che la competente autorità straniera abbia rifiutato il nulla osta, a cagione di *renitenza alla leva*. Il caso (di un triestino, suddito austriaco) fu giudicato, in senso contrario alla possibilità del matrimonio, dalla Corte d'appello di Milano, 10 novembre 1890 (*Fôro it.*, 1891, I, 269); sentenza approvata dall'avv. Arturo Ricci (ivi), e censurata dal prof. Fusinato, nota nella *Temi Veneta*, anno xvi, n. 16.

l'autorità straniera la dichiarazione del nulla osta; bisognerà verificare, in altri termini, se l'impedimento per ragione del quale tale dichiarazione non si potè conseguire, sia considerato come dirimente o come proibitivo soltanto nelle leggi del paese a cui lo straniero appartiene; giacchè, supponendosi contratto nonostante il matrimonio, il decidere se ne consegua la nullità può dipendere solo dall'applicazione della legge straniera medesima.

Non troviamo nel codice nessuna disposizione particolare circa *la competenza* dell'uffiziale dello stato civile per la celebrazione del matrimonio tra stranieri, o tra persone l'una delle quali sia straniera, l'altra cittadina. Sono pertanto le regole comuni che devono anche qui ricevere applicazione. — Solamente può accadere, trattandosi di un matrimonio tra due stranieri, che la legge nazionale permetta ad essi di celebrare il matrimonio davanti ai loro agenti diplomatici o consolari (così come dispone per noi l'art. 368, cod. civ.); e in tal caso, ove gli sposi stranieri facessero uso di questa facoltà, il matrimonio sarebbe considerato come celebrato nel paese stesso dei coniugi. Ciò non sarebbe applicabile invece pel matrimonio nel regno nostro tra due persone, l'una straniera e l'altra italiana; poichè allora l'ufficiale consolare straniero non avrebbe competenza rispetto allo sposo italiano, nè d'altronde potrebbe qui trovare applicazione il disposto eccezionale dell'art. 29 della legge consolare italiana, il quale è scritto pel caso inverso di un matrimonio che si celebri all'estero (1).

Nulla parimente è stabilito nel testo circa *la forma per la celebrazione* di tali matrimoni; epperò essa devesi ritenere soggetta alle leggi ordinarie del regno, secondo il principio generale — *locus regit actum*. Tuttavia, trattandosi di matrimonio tra due stranieri, potrebbero anche valere le forme di celebrazione ammesse dal loro paese, nella ipotesi dianzi avvertita che la loro legge nazionale

---

(1) Cf. sopra, n. 189, p. 816.

permettesse tale celebrazione davanti ai loro agenti diplomatici o consolari.

Ma poichè anche le pubblicazioni sono formalità relative alla celebrazione del matrimonio e preliminari ad essa, è ragionevole che anche a tali formalità, come a tutte le altre, sia necessità che sottopongasi lo straniero stesso. Se non che il secondo paragrafo dell'articolo 103 del nostro codice, subordina questa necessità ad una condizione, dicendo:

" *Se lo straniero è residente nel regno*, deve inoltre far " seguire le pubblicazioni secondo le disposizioni di questo " codice ".

La quale limitazione non sembra spiegabile altrimenti che per l'intendimento del legislatore di non rendere necessarie le pubblicazioni *in paese estero*, ancorchè vi risiedano gli sposi o l'uno di essi. Sarebbe infatti stato improvvido l'esiger ciò che, per la indipendenza delle autorità straniere dalle leggi e dalle autorità nostre, avrebbe potuto, ancorchè richiesto, rimanere ineseguito. Ciò considerato, si giustifica facilmente che sieno volute le pubblicazioni a tenore del codice nostro, anche per lo straniero che vuol contrarre qui matrimonio, solamente quando egli sia *residente nel regno;* dappoichè è appunto nel comune di residenza di ciascuno degli sposi che devono esser fatte le pubblicazioni (art. 71, cod. civ.).

Se dunque si tratti di matrimonio tra persone l'una delle quali sia cittadina e l'altra straniera, le pubblicazioni dovranno farsi (oltre che nel comune in cui si vuol celebrare il matrimonio, ed in quello in cui lo sposo cittadino risieda attualmente od abbia risieduto da meno di un anno) anche nel comune del regno ove risieda lo sposo straniero. Se poi si tratti di matrimonio tra due stranieri, la pubblicazione dovrà farsi, ad ogni modo, nel comune in cui vuolsi celebrare il matrimonio ed inoltre in quello o quelli dove gli sposi o l'uno di essi avessero residenza.

Con ciò crediamo doversi rettificare la proposizione di

un valente nostro scrittore, il quale ritiene che, trattandosi anche di due sposi stranieri, la residenza di uno almeno di essi nello Stato nostro costituisca una *condizione* necessaria affinchè sia possibile la celebrazione del loro matrimonio. Ciò si vorrebbe spiegare, osservando che a termini dell'articolo 93 il matrimonio deve essere celebrato nel comune *ove uno degli sposi abbia il domicilio o la residenza*, e che per l'art. 70 la celebrazione del matrimonio *deve essere preceduta da due pubblicazioni*, da farsi nel luogo in cui ciascuno degli sposi *ha la sua residenza* (art. 71); donde risulterebbe la necessità che almeno uno dei due sposi stranieri abbia *residenza* in un comune del regno, acciò la celebrazione del matrimonio possa aver luogo (1). A noi però sembra questo un manifesto equivoco. Per quanto concerne l'obbligo delle pubblicazioni, le norme risultanti dagli articoli 70 e 71 sono applicabili, nella loro pienezza, solamente ai matrimoni dei cittadini. Ai matrimoni degli stranieri nel regno provvede la disposizione speciale dell'art. 103, il quale (come dianzi fu avvertito) esige le pubblicazioni " *se* lo straniero è residente nel regno „ cioè *nel caso* che egli abbia nel regno questa residenza; il che certo non può implicare che anche nel caso opposto tali pubblicazioni siano necessarie. Vero è che la condizione della residenza di uno almeno degli sposi in un comune del regno può divenire necessaria in un altro aspetto, per determinare cioè il luogo in cui deve avvenire la celebrazione del matrimonio, ossia per determinare la *competenza* dell'ufficiale dello stato civile (2). Ma è chiaro (e non è da dimenticarsi) che mentre il luogo in cui devono farsi le pubblicazioni è designato esclusivamente dalla *residenza* degli sposi (art. 71) il luogo della celebrazione invece può desumersi tanto dal *domicilio* quanto dalla *residenza* dell'uno o dell'altro degli sposi (art. 93). Ora può avvenire che gli

---

(1) V. Emilio Bianchi, *Studi ed appunti di dir. civ.* (Pisa, 1887), p. 76-77.
(2) Cf. sopra, nn. 111-112, pag. 403, 406.

sposi stranieri abbiano i loro domicilii nel regno, ma la residenza all'estero; e in tal caso, mentre l'esistenza del *domicilio* anche di uno solo di essi in un comune del regno basterà per radicare la competenza dell'ufficiale italiano (a norma dell'art. 93), la circostanza supposta che nessuno dei due sposi abbia nello stesso tempo la sua *residenza* nel regno, basterà per escludere (ai termini precisi dell'articolo 103, § 2) la necessità delle pubblicazioni; salvo allora il dover presentare la dichiarazione di *nulla osta* rilasciata dalla competente autorità straniera, come prescrive lo stesso art. 103, § 1.

FINE

DELLA PARTE I DEL VOLUME V.

Avvertenza.

La seconda Parte di questo trattato (già in preparazione) *conterrà le materie:* DEGLI EFFETTI DEL MATRIMONIO, DELLO SCIOGLIMENTO DI ESSO E DELLA SEPARAZIONE PERSONALE.

INDICE DEI CAPI E DEI SOMMARII

contenuti in questo Volume

TITOLO IV.

DELLA PARENTELA E DELLA AFFINITA'

NOZIONI GENERALI

Capo I.

Della parentela.

Capo II.

Della affinità.

TITOLO V.

DEL MATRIMONIO

—

NOZIONI GENERALI

Capo I.

Della promessa di matrimonio.

Capo II.

Delle condizioni necessarie a contrarre matrimonio.

NOZIONI GENERALI

Sezione I.

Delle condizioni necessarie alla *esistenza giuridica* del matrimonio.

Sezione II.

Delle condizioni richieste per *la validità legale* del matrimonio.

NOZIONI GENERALI

C

Consenso delle persone alla cui autorità sono soggetti gli sposi.

D

Interdizione di uno degli sposi per infermità di mente.

Sezione III.

Requisiti voluti non per la validità, ma per la regolarità del matrimonio.
(Impedimenti *proibitivi*)

NOZIONI GENERALI

A

Mancata richiesta del consenso di certe persone.

B

Proibizione alla donna di rimaritarsi nei dieci mesi dallo scioglimento od annullamento del matrimonio precedente.

C

Matrimoni dei militari ed assimilati

Capo III.

Della celebrazione del matrimonio.

Sezione I.

Formalità preliminari del matrimonio.

Sezione II.

Delle forme di celebrazione del matrimonio.

Sezione III.

Prove della celebrazione del matrimonio.

Capo IV.

Sanzione delle condizioni prescritte pel matrimonio e conseguenze della loro mancanza.

Sezione I.

Delle opposizioni.

Sezione II.

Delle nullità del matrimonio.

NOZIONI GENERALI

§ 1. — *Azioni di nullità assoluta del matrimonio.*

§ 2. — *Azioni di nullità relativa del matrimonio.*

§ 3. — *Effetti dell'azione e della dichiarazione giudiziale di nullità del matrimonio.*

Sezione III.

Delle sanzioni penali.

APPENDICE

Regole particolari ai matrimoni nella famiglia reale, dei cittadini all'estero, degli stranieri nel regno.

ARTICOLI DEL CODICE CIVILE

spiegati e citati in questo Volume

Pagina	Linea	ERRATA	CORRIGE
368	10	dell'art. 84 del codice	dell'art. 74 del codice
475	in nota	(112, cod. ital.)	(122, cod. ital.)
537	1	dalla legge scritta	della legge scritta
579	16	art. 33, § 1	art. 63, § 1
602	4	e appunto il rapporto	appunto nel rapporto